

Europas Verfassungsgemeinschaft – Europarechtliche Perspektive –

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Europas Verfassungsgemeinschaft – europarechtliche Perspektive -, in: Ulrich Hufeld/Astrid Epiney/Franz Merli (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Vertragliches Europaverfassungsrecht. Staatliches Verfassungsrecht. Textsammlung, 3. Aufl., Baden-Baden 2014, S. 9-40. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Inhaltsübersicht

A. Ausgewählte Fragen der Legitimation in der Europäischen Union

I. Demokratie und Rechtsstaatlichkeit als Grundlagen der Legitimation in der Europäischen Union

1. Demokratische Legitimation in der Europäischen Union
 - a) Zur Legitimation des Primärrechts
 - b) Zur Legitimation des Sekundärrechts
2. Legitimation durch Rechtsstaatlichkeit
3. Insbesondere: Legitimation durch die Gewährleistung von Rechten Einzelner

II. Zur "Bürgerinitiative"

1. Initiativberechtigte
2. Inhaltliche Anforderungen
3. Rechtswirkung
4. Inhaltliche Bindung der Kommission
5. Keine Erfolgsgarantie
6. Verfahrensrechtliche Aspekte
7. Ausblick: Ausweitung direkt-demokratischer Rechte in der Union?

B. Exkurs: zur Einbindung der Schweiz in den europäischen Verfassungsverbund

I. Überblick über die "Bilateralen I" und die "Bilateralen II"

II. Zur Einbindung der Schweiz in den Unionsbesitzstand: ausgewählte Aspekte

1. Abkommensrechtliche Verpflichtungen: zu den Rechtswirkungen der bilateralen Abkommen
2. Weiterentwicklung der Abkommen

III. Die "Bilateralen Verträge" als Instrument der Einbindung der Schweiz in den Verfassungsverbund der Europäischen Union?

Das vorliegende Textbuch enthält mit der Zusammenstellung von Verfassungen europäischer Staaten sowie den vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union und der Grundrechtecharta (die "Verfassungsurkunde(n)"¹ der Europäischen Union) die rechtlichen Grundlagen des "europäischen Verfassungsverbundes"². Dieser Verfassungsverbund zeichnet sich durch eine auf der Übertragung von Hoheitsgewalt und damit auch Souveränitätsrechten beruhenden Verflechtung nationaler Verfassungen und der Unionsverträge aus. Letzteren – und vor diesem Hintergrund erscheint der Begriff des "europäischen Verfassungsverbundes"³ sehr treffend – kommt jedenfalls (auch) Verfassungscharakter zu, auch wenn im Zuge der bekannten politischen Entwicklungen der "Vertrag über eine Verfassung für Europa" nicht zustande gekommen ist. Denn die – auf völkerrechtlicher Basis beruhenden, jedoch eine eigene Rechtsordnung begründenden⁴ – Verträge erfüllen seit geraumer Zeit alle Funktionen einer Verfassung, und auch ihre inhaltliche Ausgestaltung weist sie als Verfassungen aus: Sie formulieren gewisse zu beachtende grundlegende Werte (wie insbesondere Sicherung des Friedens, Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten, Demokratie, Grundrechtsschutz, Nichtdiskriminierung), sehen Verfahren und Institutionen zur Erzeugung, Anwendung und Kontrolle von Rechtsakten vor und stehen hierarchisch an oberster Stelle der durch sie geschaffenen Rechtsordnung.⁵

¹ Vgl. diesen Ausdruck in EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6079, Ziff. 21 (EWR I).

² Vgl. diesen Ausdruck bei *Ingolf Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148 ff. S. sehr instruktiv auch *Anne Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, insbes. 207 ff.

³ Fn. 2. Hingegen erscheint der vom Bundesverfassungsgericht verwandte Begriff des „Staatenverbundes“ (BVerfGE 89, 155 ff.) wenig gelungen, lässt er doch nicht erkennen, welche Implikationen die EU-Mitgliedschaft auf das „traditionelle“ Staatsverständnis entfalten könne, vgl. näher *Roland Bieber*, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 10. Aufl., 2013, § 3, Rn. 2.

⁴ EuGH, Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1962, 1, Ziff. 10.

⁵ S. aus der Rechtsprechung EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6079, Rdnr. 21 (EWR I), wo der Gerichtshof den Vertrag als "grundlegende Verfassungsurkunde" bezeichnet. S. auch schon EuGH, Rs. 294/83 (Les Verts/Parlament), Slg. 1986, 1339, Rdnr. 23 ("Verfassungsurkunde der Gemeinschaft"); s. weiter EuGH, Rs. C-402/05 (Kadi), Slg. 2008, I-6351, Ziff. 281 ff. Aus der Literatur zur Frage, ob und inwieweit den Verträgen "Verfassungscharakter" zukommt, etwa *Pernice*, VVDStRL 2001 (Fn. 2), 148 (149 ff.); *Peters*, Verfassung Europas (Fn. 2), 38 ff.; *Gertrude Lübke-Wolff*, Volk, Demokratie, Verfassung – Die "Verfassung für Europa" als Herausforderung an die Verfassungstheorie, in: Winfried Kluth (Hg.), Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, 2007, 47 (52 ff.); *Thomas Giegerich*, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozess: wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung, 2003, 616 ff.; *Niels Petersen*, Europäische Verfassung und europäische Legitimität – ein Beitrag zum kontraktualistischen Argument in der Verfassungstheorie, ZaöRV 2004, 429 ff. Zur Notwendigkeit einer Verfassung etwa *Antonio Estella*, Constitutional Legitimacy and Credible Commitments in the European Union, ELJ 2005, 22 ff.

Vor dem Hintergrund der Verfassungsqualität der EU-Verträge – die ihrerseits auf eine (gegenständlich beschränkte) Übertragung von Hoheitsgewalt zurückgehen – beruht der europäische Verfassungsverbund auf einer zwischen Mitgliedstaaten und Union geteilten Souveränität. Dabei setzt dieser Ansatz selbstredend voraus, dass "Souveränität" grundsätzlich teilbar ist, was im Ergebnis zu bejahen ist.⁶ Versteht man nämlich Souveränität in dem Sinn, dass ein Hoheitsträger jedenfalls in bestimmten Grenzen und Bereichen autonom ("souverän") Hoheitsakte setzen kann, so muss Souveränität teilbar sein, wie die Verfassungen von Bundesstaaten illustrieren. In der EU könnte diese Teilsouveränität zwar deshalb in Frage gestellt werden, weil sich die Hoheitsbefugnisse der EU von den Mitgliedstaaten ableiten, daher auch der bestenfalls missverständliche Ausdruck der Mitgliedstaaten als "Herren der Verträge". Angesichts der jedenfalls bestehenden Autonomie des Unionsrechts dürfte dieser Gesichtspunkt aber nicht ausschlaggebend sein: Denn die Übertragung von Hoheitsgewalt auf die Union führt dazu, dass die Mitgliedstaaten Teile ihrer Souveränität "ausgegliedert" haben, dies zusammen mit der Kompetenz der EU, über die Ausübung und Reichweite der Kompetenzen selbst zu entscheiden (auch und gerade über die dem EuGH obliegenden Zuständigkeiten). In der letzten Konsequenz bedeutet dies, dass Souveränität nunmehr zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten geteilt ist mit der Folge, dass die nach wie vor bestehende Souveränität der Mitgliedstaaten eine durch die Hoheitsrechte der EU beschränkte ist. Dabei ist diese Beschränkung jedoch – insoweit im Gegensatz zu einem Bundesstaat – keine "endgültige", so dass ein Austritt aus der Europäischen Union möglich ist (s. nunmehr ausdrücklich Art. 50 EUV). Auch ändert die geteilte Souveränität nichts daran, dass die Mitgliedstaaten ihre unmittelbare Völkerrechtssubjektivität bewahren.

Im Folgenden geht es auf dieser Grundlage darum, quasi als Einführung in die Texte der nationalen Verfassungen und der "Verfassungsurkunde(n)" der Europäischen Union den für eine Verfassungsurkunde zentralen Aspekt der Legitimation zu erörtern, dies in Bezug auf die EU-Verträge und insofern komplementär zu den Einführungen von *Ulrich Hufeld* und *Franz Merli* (in diesem Band). In einem Exkurs (B.) soll sodann die Art und Weise der "Einbindung" der Schweiz in den europäischen Verfassungsverbund erörtert werden; der Schweiz kommt als Nichtmitgliedstaat der EU eine "Außenseiterrolle" zu, wobei sie aber andererseits durch ein dichtes Netz sog. "Bilateraler Verträge" mit dem EU-Recht verbunden ist bzw. in Teile des Unionsbesitzstands "einbezogen" ist.

A. Ausgewählte Fragen der Legitimation in der Europäischen Union

Ein zentrales Thema jeder Verfassung bzw. jeder Verfassungsurkunde ist die Frage der Legitimität bzw. Legitimation,⁷ die in der Europäischen Union mit einem Bekenntnis zu einer Reihe von "Werten" verbunden wird. So betont Art. 2 EUV:

"Die Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte

⁶ Zum Problemkreis ausführlich m.w.N. *Astrid Epiney/Karine Siegwart/Michael Cottier/Nora Refaël*, Schweizerische Demokratie und Europäische Union, 1998, 126 ff.; *Stefan Oeter*, Souveränität und Demokratie als Probleme in der "Verfassungsentwicklung" der Europäischen Union, *ZaöRV* 1995, 659 (667 ff.). Für die Annahme einer zwischen Union und Mitgliedstaaten geteilten Souveränität auch *Giegerich*, Europäische Verfassung (Fn. 5), 368, 488 ff.; *Stefan Oeter*, Föderalismus und Demokratie, in: Armin von Bogdandy (Jürgen Bast (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., 2009, 73 (87 ff.).

⁷ Die beiden Begriffe sollen im Folgenden synonym verwendet werden.

einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören. Diese Werte sind allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet."

Deutlich wird damit auch, dass für die Frage nach der Legitimität der Europäischen Union im Allgemeinen und der Ausübung von Hoheitsgewalt durch EU-Organen im Besonderen nicht nur der Aspekt der Demokratie, sondern darüber hinaus eine Reihe weiterer Aspekte von Bedeutung sind, die sich im Wesentlichen im Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit zusammenfassen lassen. Im Folgenden soll kurz auf diese "Legitimationsmechanismen" in der EU eingegangen werden (I.), bevor ein im Vertrag von Lissabon verankertes, im Vergleich zur bis dahin geltenden Rechtslage innovatives Instrument, nämlich die "Bürgerinitiative", näher erörtert wird (II.).⁸

I. Demokratie und Rechtsstaatlichkeit als Grundlagen der Legitimation in der Europäischen Union

1. Demokratische Legitimation in der Europäischen Union

Die Problematik der Legitimation in der EU wird in aller Regel in erster Linie oder häufig gar ausschließlich mit dem sog. "Demokratiedefizit" in der Europäischen Union in Verbindung gebracht. Dieses gehört seit längerer Zeit und trotz ständiger Weiterentwicklung der Legitimationsmechanismen in der EU zu den nach wie vor omnipräsenten "Schlagwörtern"⁹ – wobei der Hinweis auf ein gewisses demokratisches Defizit in der EU durchaus seine Berechtigung hat, wenn hier auch zu differenzieren ist¹⁰ – im Zusammenhang mit der Frage nach der Legitimation des Unionsrechts.¹¹ Es kann hier weder darum gehen, diese Debatte (nochmals) aufzurollen, noch darum, die ganze Komplexität der Frage nach der demokratischen Legitimation des Unionsrechts zu erörtern. Allerdings ist zusammenfassend auf drei, m.E. bedeutsame Aspekte der Problematik hinzuweisen, die in der Diskussion eine größere Beachtung verdienen, bevor auf einige zentrale Aspekte der Legitimation von Primär- und Sekundärrecht eingegangen wird:

⁸ Dabei beruhen die folgenden Überlegungen teilweise auf den Ausführungen bei *Astrid Epiney*, Europäische Verfassung und Legitimation durch die Unionsbürger – zu den Rechten der Unionsbürger in der Verfassung für Europa –, in: Stefan Kadelbach (Hg.), Europäische Verfassung und direkte Demokratie, 2006, 33 ff.; *Astrid Epiney*, Föderalismus in der EU – einige Überlegungen auf der Grundlage des Verfassungsentwurfs –, in: Manfred Zuleeg (Hg.), Die neue Verfassung der Europäischen Union, 2006, 47 ff.

⁹ Vgl. jüngst etwa den Hinweis auf die „demokratische Legitimationsschwäche, die im Staatenverbund angelegt ist“, bei *Paul Kirchhof*, Stabilität von Recht und Geldwert in der Europäischen Union, NJW 2013, 1 (4).

¹⁰ Vgl. auf der Grundlage des Entwurfs über den Verfassungsvertrag instruktiv zur Problematik m.w.N. *Stefan Oeter*, Demokratie im europäischen Verfassungsverbund. Überlegungen zum Entwurf eines Verfassungsvertrages für Europa, in: Manfred Zuleeg (Hg.), Die neue Verfassung der Europäischen Union, 2006, 69 ff.

¹¹ Vgl. aus der rechtswissenschaftlichen Literatur etwa die Ausführungen bei *Gertrude Lübbe-Wolff*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 246 (248 ff.); *Brun-Otto Bryde*, Demokratisches Europa und Europäische Demokratie, FS Manfred Zuleeg, 2005, 131 ff.; *Roland Bieber*, Die Demokratisierung der EU, SZIER 2011, 99 ff.; *Peter M. Huber*, Demokratische Legitimation in der Europäischen Union, ZSE 2009, 364 ff., jeweils m.w.N. Aus politikwissenschaftlicher Sicht *Erik Oddvar Eriksen/John Erik Fossum*, Democracy through Strong Publics in the European Union?, JCMS 2002, 401 ff.; *Stephan Bredt*, Prospects and Limits of Democratic Governance in the EU, ELJ 2011, 35 ff. Zur Verwirklichung des Demokratieprinzips in der Verfassung bzw. im Verfassungsentwurf etwa *Anne Peters*, European Democracy after the 2003 Convention, CMLRev. 2004, 37 (45 ff.); *Christian Calliess*, Das Demokratieprinzip im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, FS Georg Ress, 2005, 399 (405 ff.).

- Zunächst ist bei der Frage nach der Legitimation immer sehr genau danach zu unterscheiden, was oder wer genau demokratisch legitimiert ist oder sein sollte. So ist insbesondere zwischen der Legitimation des Primär- und des Sekundärrechts zu differenzieren. Bei letzterem wiederum sind die Aspekte der Wahl und Zusammensetzung der Organe von Willensbildung und Rechtsetzungsverfahren sowie weitere Elementen demokratischer Legitimation zu trennen.¹²
 - Damit in engem Zusammenhang steht die Feststellung, dass die Rede von "dem" Demokratiedefizit insofern sehr undifferenziert ist, als es eben sehr viele unterschiedliche Facetten der (möglicherweise teilweise fehlenden) Verwirklichung des Demokratieprinzips gibt.
 - Schließlich sei darauf hingewiesen, dass die (demokratische) Legitimation des Unionsrechts jedenfalls nicht am Maßstab nationaler Formen und Mechanismen zu messen ist, sondern den Besonderheiten des Gebildes *sui generis* der Europäischen Union Rechnung zu tragen hat. Vor diesem Hintergrund vermögen auch die grundsätzlichen Einwände gegen die Möglichkeit einer demokratischen Legitimation auf EU-Ebene (also primär des Sekundärrechts) – Stichworte sind hier fehlende Souveränität und nicht existentes "europäisches Volk" – im Ergebnis nicht zu überzeugen.¹³
- Insbesondere vermag das Fehlen eines "europäischen Volkes", das eine gewisse "Homogenität" aufweist, nichts an der Möglichkeit demokratischer Legitimation auf Unionsebene zu ändern: Denn "das Volk" als Bezugspunkt demokratischer Legitimation ist nicht zwingend ein "homogenes Gebilde", sondern regelmäßig in unterschiedlichem Ausmaß pluralistisch zusammengesetzt. Das Volk im Sinne des Trägers der hoheitlichen Gewalt in einer Demokratie ist damit von der "Nation" im Sinne einer ethnisch-kulturell-geschichtlich zusammengehörigen Gruppe zu unterscheiden; wenn das Volk nicht unbedingt eine Nation sein muss, kann auch die Herrschaft des Volkes in einem anderen Gebilde als dem des Nationalstaates bestehen.¹⁴ Die Identität von "Volk" und "Nation" ist damit eine mögliche, aber keine notwendige Voraussetzung der "Volksouveränität" im Sinne der Legitimation von Herrschaftsgewalt in einer Demokratie. Damit kann ein "Volk" als Träger der Herrschaftsgewalt auch über die Einrichtung gemeinsamer Verfahren und die damit verbundene Ausübung einer gemeinsamen politischen Praxis entstehen; diese können dann zur Herausbildung der "vorrechtlichen Voraussetzungen" demokratischer Willensbildung – wie etwa eine gewisse gemeinsame "Öffentlichkeit" – beitragen. Daher bilden die Unionsbürger in der Europäischen Union durchaus ein "Volk" im Sinne des Trägers demokratischer Herrschaftsgewalt.¹⁵

Mit diesen Bemerkungen soll nicht die Existenz "eines" Demokratiedefizits und die auch auf der Grundlage des Vertrages von Lissabon sicherlich bestehenden Verbesserungsmöglichkeiten der (demokratischen) Legitimation des Unionsrechts bestritten, sondern nur einer allzu schematischen und letztlich an nationalen Maßstäben orientierten Bewertung der Situation in der Europäischen Union entgegen getreten werden. So mag man sich über gewisse Besonderheiten insbesondere des Rechtsetzungsverfahrens in der Union oder auch die Zusammensetzung der Organe streiten; festzuhalten bleibt aber jedenfalls, dass

¹² Vgl. im Einzelnen *Epiney/Siegwart/Cottier/Refaeil*, Schweizerische Demokratie und Europäische Union (Fn. 6), 157 ff.

¹³ Im Einzelnen m.w.N. *Epiney/Siegwart/Cottier/Refaeil*, Schweizerische Demokratie und EU (Fn. 6), 122 ff., m.w.N.

¹⁴ Ebenso *Brun-Otto Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1994, 305 (307 ff.); *Oeter*, ZaöRV 1995 (Fn. 6), 659 (688 ff.).

¹⁵ Vgl. hierzu bereits ausführlich m.w.N. *Epiney/Siegwart/Cottier/Refaeil*, Schweizerische Demokratie und EU (Fn. 6), 130 ff., wo auch der etwas anders ausgerichtete Ansatz des deutschen Bundesverfassungsgericht im "Maastricht-Urteil" (BVerfGE 89, 155) kritisiert wird. I.Erg. ebenso, auch m.w.N. auf abweichende Ansichten, *Lübbe-Wolff*, in: Europäische Integration (Fn. 5), 47 (52 ff.).

sowohl die bedeutende Rolle der Kommission als (grundsätzliche) Initiatorin des Rechtsetzungsverfahrens als auch die nicht wirklich proportionale Vertretung der Mitgliedstaaten im Parlament bzw. die ebenfalls nicht proportional die Bevölkerung der Mitgliedstaaten widerspiegelnde Gewichtung der Stimmen im Rat und der doch relativ gewichtige Einfluss des Rates letztlich durch die Besonderheiten der Europäischen Union begründet sind. Eine bedeutende Rolle spielt hier sicherlich ein gewisser "Minderheitenschutz" für kleine Staaten, aber auch der Umstand, dass die Union aus Staaten besteht, die eben nicht bereit waren bzw. sind, sich weitergehenden rein mathematischen Mehrheitsentscheidungen zu unterwerfen.¹⁶

Versucht man vor diesem Hintergrund eine – hier notwendigerweise sehr rudimentär bleibende – Skizzierung der Mechanismen demokratischer Legitimation auf der Ebene der Europäischen Union, so ist zwischen der Legitimation des Primärrechts und derjenigen des Sekundärrechts zu unterscheiden.

a) Zur Legitimation des Primärrechts

Die Legitimation des Primärrechts ergibt sich aus Art. 48, 49 EUV (wobei der Vertrag von Lissabon zu substantiellen Modifikationen des Art. 48 EUV führte, insbesondere die Einführung eines "Konventsverfahrens" und die Zweiteilung in ein "ordentliches" und ein "vereinfachtes" Änderungsverfahren): Letztlich geht es hier um ein Zusammenspiel europäischer Organe und mitgliedstaatlicher Mechanismen, wobei die Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften zustimmen müssen.¹⁷ Diese Art und Weise der Legitimation der "europäischen Verfassungsurkunde" ist insofern nicht ganz unproblematisch, als – aufgrund der letztlich entscheidenden innerstaatlichen Genehmigungsprozesse – die Legitimation des Primärrechts im Ergebnis insofern fragmentiert ist, als sowohl zeitlich als auch im Hinblick auf das Verfahren in den verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedliche Grundsätze zum Zuge kommen.¹⁸

Vor dem Hintergrund, dass die Verträge letztlich alle Funktionen einer Verfassung für den Verfassungsverbund der EU erfüllen,¹⁹ wäre es zu begrüßen, dass sich auch die demokratische Legitimation an einheitlichen Grundsätzen orientiert, so dass zumindest eine terminliche Abstimmung der Durchführung der innerstaatlichen Genehmigungsverfahren anzustreben wäre. Angesichts des ungleichen "Legitimationsgewichts" von Referenden und parlamentarischen Zustimmungen wäre jedoch auch darüber hinaus eine gewisse Annäherung der Legitimationsverfahren in den Mitgliedstaaten sachdienlich. Ein Verfassungsdokument sollte nämlich in seinem gesamten Geltungsbereich auf eine im Wesentlichen einheitliche Art und Weise legitimiert sein, will man der Gefahr eines Auseinanderbrechens langfristig begegnen. Nicht zu vernachlässigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass auf diese Weise zumindest teilweise der Gefahr begegnet werden kann, dass die Entscheidung über europapolitische Themata (eine Modifikation der Verträge) letztlich durch innenpolitische Faktoren bestimmt wird. Der nach wie vor völkerrechtlichen Grundlage der Europäischen Union könnte durchaus durch die Aufrechterhaltung des Erfordernisses der Zustimmung aller Mitgliedstaaten Rechnung getragen werden.

¹⁶ Hierzu auch und i. Erg. ähnlich *Lübbe-Wolff*, in: Europäische Integration (Fn. 5), 47 (58 ff.).

¹⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang zur Frage der "Grenzen der Vertragsrevision" etwa *Markus Sichert*, Grenzen der Revision des Primärrechts der Europäischen Union, 2005.

¹⁸ Zu dieser Problematik etwa *Roland Bieber*, Zur Ko-Existenz von Referenden und parlamentarischer Demokratie – das Beispiel der Ratifizierungsverfahren zur Europäischen Verfassung –, in: Stefan Kadelbach (Hg.), Europäische Verfassung und direkte Demokratie, 2006, 57 ff.

¹⁹ Vgl. oben im Text sowie die Nachweise in Fn. 5.

b) Zur Legitimation des Sekundärrechts

Die demokratische Legitimation des Sekundärrechts hingegen erfolgt im Wesentlichen auf unionsrechtlicher Ebene.²⁰ Letztlich bestimmt sich die demokratische Legitimation in Anknüpfung an das Rechtsetzungsverfahren, das – grob skizziert – in folgenden Schritten erfolgt:²¹

- Die Rechtsetzungsinitiative geht grundsätzlich von der Kommission aus. Im Vorfeld eines solchen Rechtsetzungsvorschlags und selbstredend auch nach seiner Vorlage finden umfangreiche Konsultationen interessierter Kreise statt.
In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Art. 11 EUV ausdrücklich die Möglichkeit der Unionsbürger und von Verbänden, gegenüber den Organen und öffentlich ihre Ansichten zu kommunizieren, vorsieht: Die Organe haben einen "offenen, transparenten und regelmäßigen Dialog" mit repräsentativen Verbänden und der "Zivilgesellschaft" zu führen; die Kommission wird gesondert erwähnt. Auch wenn diese Vorgaben recht vage bleiben, untermauern sie doch den verstärkten Willen der Union, die Bürger und Verbände in ihre Willensbildung einzubeziehen.
- Das bisherige Mitentscheidungsverfahren wurde durch den Vertrag von Lissabon (vgl. Art. 289 AEUV) zum "ordentlichen Gesetzgebungsverfahren" aufgewertet und kommt – durch den Vertrag von Lissabon noch verstärkt – in Bezug auf die meisten Rechtssetzungsakte zur Anwendung. Damit müssen also Rat und Parlament bei der Gesetzgebung zusammenwirken, und ein Rechtssetzungsakt kommt grundsätzlich – entsprechend einem Zweikammersystem – nur im Falle der Zustimmung beider Gremien zustande.
- Die nationalen Parlamente sind damit nicht direkt in das Gesetzgebungsverfahren eingebunden; allerdings werden sie im Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente in der EU ausdrücklich erwähnt, und ihnen kommen Konsultativbefugnisse zu. Diese Rolle der nationalen Parlamente wird durch den Vertrag von Lissabon – der insofern an den Verfassungsvertrag anknüpft – spürbar und entscheidend aufgewertet, wenn auch substantiell (vgl. aber auch Art. 12 EUV, der ausschließlich der Einbindung der nationalen Parlamente in den Gesetzgebungsprozess gewidmet ist) nur im Hinblick auf die Kontrolle der Einhaltung des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips (vgl. das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit²²): Zunächst wird ein neues Verfahren im Hinblick auf die Kontrolle der Einhaltung der erwähnten Grundsätze eingeführt, das die nationalen Parlamente einbezieht (sog. "Frühwarnsystem"). Darüber hinaus sind dem Protokoll verschiedene verfahrensrechtliche

²⁰ Dabei wird hier die grundsätzliche Möglichkeit demokratischer Legitimation auf EU-Ebene vorausgesetzt und nicht noch eigens nachgewiesen, hierzu bereits ausführlich *Epiney/Siegiwart/Cottier/Refaeil*, Schweizerische Demokratie und EU (Fn. 6), 122 ff.; grundlegend *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas (Fn. 2), 626 ff. S. auch schon oben A.I., zu Beginn. Ebenso wird auf eine eigene Darstellung der personellen Legitimation der an der Rechtsetzung beteiligten Organe verzichtet, hierzu *Epiney/Siegiwart/Cottier/Refaeil*, Schweizerische Demokratie und EU (Fn. 6), 158 ff.

²¹ Ausführlich zur demokratischen Legitimation insbesondere des Sekundärrechts *Winfried Kluth*, Demokratische Legitimation, 1995, 69 ff.; *Lübbe-Wolff*, VVDStRL 60 (Fn. 11), 246 (248 ff.); *Torsten Stein*, Demokratische Legitimierung auf supranationaler und internationaler Ebene, ZaöRV 2004, 563 ff.; *Elisabeth Rumler-Korinek*, Kann die Europäische Union demokratisch ausgestaltet werden? – Eine Analyse und Bewertung aktueller Beiträge zur "europäischen Demokratiedebatte", EuR 2003, 327 ff.; *Joseph H.H. Weiler*, The Constitution of Europe, 1999, 246 ff.

²² Zu diesem Protokoll *Philipp Kiiver*, The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity, MJ 2008, 77 ff.; *Philipp Kiiver*, The Early-Warning System for the Principle of Subsidiarity: The National Parliament as a *Conseil d'Etat* for Europe, ELR 2011, 98 ff.; s. auch *Jürgen Schwarze*, Die Einbeziehung nationaler Parlamente in die Architektur Europas, Ein Kommentar aus deutscher Sicht, Mélanges Jean-Paul Jacqué, 2010, 625 ff.

Verpflichtungen der Unionsorgane zu entnehmen. Im Einzelnen ist insbesondere auf folgende Bestimmungen des Protokolls hinzuweisen:

- Die Kommission wird verpflichtet, "umfangreiche Anhörungen" vor der Unterbreitung eines Gesetzgebungsvorschlags durchzuführen (Art. 2). Weiterhin hat sie alle ihre Vorschläge dem Unionsgesetzgeber und den nationalen Parlamenten zu übermitteln; gleiches gilt für die legislativen Entschlüsse des Europäischen Parlaments und die Gemeinsamen Standpunkte des Rates (Art. 4).
 - Der Kommission wird ausdrücklich eine Begründungspflicht im Hinblick auf die Darlegung der Einhaltung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit auferlegt, wobei die hierbei zu berücksichtigenden Aspekte etwas näher konkretisiert werden (Art. 5). Damit wird die bereits durch Art. 296 AEUV vorgeschriebene Begründungspflicht präzisiert, was einerseits höhere Anforderungen an diese, andererseits eine höhere diesbezügliche gerichtliche Kontrolldichte implizieren dürfte.
 - Von großer Bedeutung sind sodann Art. 6, 7 des Protokolls: Danach kann jedes nationale Parlament und jede Kammer eines nationalen Parlaments binnen sechs Wochen ab Übermittlung des Vorschlags der Kommission in einer begründeten Stellungnahme darlegen, dass der Vorschlag nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist, und die Unionsorgane werden verpflichtet, diese Stellungnahmen zu "berücksichtigen". Angesichts des Fehlens weiterer Präzisierungen dürfte damit nur – aber immerhin – eine Pflicht zur Kenntnisnahme und materiellen Auseinandersetzung mit den Stellungnahmen verbunden sein, nicht hingegen eine Pflicht, deren Schlussfolgerungen auch tatsächlich in die Arbeiten einfließen zu lassen.
 - Wird von insgesamt einem Drittel bzw. einem Viertel²³ der nationalen Parlamente bzw. der Kammern²⁴ eine begründete Stellungnahme dahingehend abgegeben, dass der Kommissionsvorschlag nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang stehe, so hat die Kommission ihren Vorschlag zu "überprüfen", was wohl eine Art qualifizierte materielle Auseinandersetzung mit den Einwänden impliziert. Die Kommission ist aber nicht zur Modifikation oder Rücknahme des Beschlusses verpflichtet, sondern kann daran festhalten, wobei sie ihre Entscheidung in jedem Fall begründen muss. Weiter werden für den Fall, dass die Anzahl der begründeten Stellungnahmen, wonach der Vorschlag für einen Gesetzgebungsakt nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht, mindestens eine einfache Mehrheit der Gesamtzahl der Stimmen erreicht, besondere Überprüfungs- und Begründungsanforderungen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens vorgesehen; im Falle einer Mehrheit von 55 % der Ratsmitglieder oder einer Mehrheit der abgegebenen Stimmen im Europäischen Parlament gegen eine Vereinbarkeit des Vorschlags mit dem Subsidiaritätsprinzip wird der Vorschlag nicht weiterverfolgt (Art. 7 Abs. 3).
 - Art. 8 des Protokolls verweist einerseits auf die Nichtigkeitsklage, erweitert aber andererseits den Kreis der (möglichen) Aktivlegitimierten, letzteres jedoch nur für die Geltendmachung einer Verletzung des Subsidiaritätsprinzips: Danach können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die nationalen Parlamente bzw. deren Kammern vor dem EuGH eine solche Nichtigkeitsklage anstreben können, wobei die Klage allerdings von dem jeweiligen Mitgliedstaat "im Namen" des Parlaments bzw. der Parlamentskammer zu übermitteln ist. Weiter kann der Ausschuss der Regionen in den Fällen Nichtigkeitsklage erheben, in denen er zu einem Gesetzgebungsakt anzuhören ist.
- Insgesamt wird damit den nationalen Parlamenten eine relativ prominente Rolle im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens eingeräumt, wobei aber zu betonen ist, dass sich diese "Sonderrechte" ausdrücklich nur auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips

²³ Für Vorschläge im Rahmen von Art. 68 AEUV (Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts).

²⁴ Vgl. für die Berechnung der Stimmen Art. 7 Abs. 1 des Protokolls.

beziehen,²⁵ so dass etwa Verstöße gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit oder sonstige Vertragsverstöße, wie z.B. das Überschreiten des Anwendungsbereichs einer Rechtsgrundlage, nicht im Rahmen dieses Verfahrens geltend gemacht werden können.²⁶ In diesem Rahmen wird den nationalen Parlamenten zwar kein "Veto-Recht" eingeräumt; allerdings wird die "Rechtfertigungsschwelle" für die Kommission doch spürbar heraufgesetzt. Hinzu kommen die erwähnten Besonderheiten im Gesetzgebungsverfahren, die unter bestimmten Voraussetzungen letztlich eine (zusätzliche) "Blockierungsmöglichkeit" implizieren, wobei die entsprechende Entscheidung aber durch ein Unionsorgan gefällt werden muss.

In Deutschland wurde sowohl Bundesrat als auch Bundestag die Möglichkeit eröffnet, eine Klage vor dem EuGH zu veranlassen (Art. 23 Abs. 1a GG). Allerdings muss sich die praktische Bedeutung dieses Instruments erst bewähren; insbesondere wird die Entwicklung zeigen, ob die nationalen Parlamente von ihren Rechten Gebrauch machen, woran angesichts der kurzen Frist (sechs Wochen) für eine solche Eingabe, der Vielzahl von Rechtsetzungsakten auf Unionsebene und der bisherigen insgesamt nicht in allen Mitgliedstaaten sehr aktiven EU-Politik der Parlamente zumindest Zweifel bestehen könnten. Bislang kam diesem Instrument jedenfalls keine wirkliche Bedeutung zu. Die Zukunft wird ggf. zeigen, ob der EuGH seine Prüfungsdichte im Hinblick auf die Einhaltung der Voraussetzungen des Subsidiaritätsprinzips angesichts eines ausdrücklich vorgesehenen Kontrollmechanismus²⁷ speziell in Bezug auf die Einhaltung dieses Grundsatzes "verdichten" wird.²⁸ Hieran bestehen allerdings insofern gewisse Zweifel, als auch der Kontrollmechanismus nichts daran zu ändern vermag, dass die Voraussetzungen des Subsidiaritätsprinzips jedenfalls relativ weitmaschig formuliert sind, so dass die Frage, ob und inwieweit seine Voraussetzungen erfüllt sind, notwendigerweise die Vornahme gewisser Wertungen mit sich bringt, die aber dem Unionsgesetzgeber überlassen bleiben muss. Hieran ändert dann auch der neue Kontroll- bzw. Frühwarnmechanismus nichts, zumal auch schon bislang die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle durchaus in gleichem Umfang, wenn auch die Klagebefugnis nun zumindest potenziell erweitert wäre, gegeben war.²⁸

Zusammenfassend ist der derzeitige Legitimationsmechanismus des Sekundärrechts in der Europäischen Union damit in erster Linie durch einen "doppelten Strang" gekennzeichnet:²⁹ einerseits durch die (entscheidende) Mitwirkung des direkt gewählten Europäischen Parlaments, andererseits durch die Entscheidung des Rates, der seinerseits durch die entsprechenden mitgliedstaatlichen Verfahren legitimiert ist. Hinzu kommen im dargelegten Umfang die Beteiligungs- und Kontrollmöglichkeiten der nationalen Parlamente. Es ist unbestreitbar, dass dieses System sicherlich optimierungsfähig und ergänzungsbedürftig (auch durch gewisse weitere direkt-demokratische Elemente) ist, wobei die hier in Aussicht

²⁵ Während sich die "erhöhte" Begründungspflicht der Kommission darüber hinaus auch auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bezieht, Art. 5 des Protokolls.

²⁶ Mitteilungs- und Konsultationspflichten gegenüber den nationalen Parlamenten werden aber allgemein im Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente in der EU festgelegt.

²⁷ Der Gerichtshof lässt es bei der Prüfung des Subsidiaritätsprinzips in der Regel ausreichen, dass in dem Rechtsakt auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips hingewiesen und dies rudimentär begründet wird, ohne dass eine eigentliche Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 3 EUV erfolgt. Vgl. EuGH, Rs. C-377/98 (Niederlande/EP und Rat), Slg. 2001, I-7079, Rdnr. 30 ff.; EuGH, Rs. C-84/94 (Großbritannien/Rat), Slg. 1996, I-5755, Rdnr. 47; EuGH, Rs. C-491/01 (British American Tobacco), Slg. 2002, I-11453, Rdnr. 181 ff.; EuGH, Rs. C-58/08 (Vodafone), Slg. 2010, I-4999, Rdnr. 72 ff.

²⁸ So sind der Rechtsprechung denn auch keine Anhaltspunkte für eine höhere Prüfdichte zu entnehmen. S. in diesem Zusammenhang auch EuGH, Rs. C-176/09 (Luxemburg/EP und Rat), Urt. v. 12.5.2011, wo der Gerichtshof die Verletzung des Subsidiaritätsprinzips verneint, da das klagende Luxemburg hierzu keine hinreichend substantiellen Ausführungen gemacht habe.

²⁹ Zu diesem nur m.w.N. Oeter, in: Die neue Verfassung der EU (Fn. 10), 69 (74 f.), m.w.N.

genommenen Mechanismen je nach Sichtweise sehr variieren.³⁰ Alle Defizite in der demokratischen Legitimation auf EU-Ebene sollten jedoch nicht über den (gar nicht selbstverständlichen) Befund hinwegtäuschen, dass die von der Union angenommenen Rechtsakte durchaus demokratisch legitimiert sind und manche "Schwächen" der demokratischen Legitimation – die insbesondere auch darauf zurückzuführen sind, dass es bislang nur in beschränktem Rahmen eine "europäische Öffentlichkeit" gibt – durch weitere Legitimationsmechanismen, so insbesondere das noch zu erörternde Rechtsstaatsprinzip, "abgefedert" werden können.

2. Legitimation durch Rechtsstaatlichkeit

Rechtsstaatlichkeit³¹ kann nicht nur als grundlegender Wert, den ein Gemeinwesen zu beachten hat, angesehen werden, sondern noch weitere Funktionen erfüllen. So kann sie insbesondere zur Legitimation eines Gemeinwesens bzw. einer Rechtsordnung beitragen. Dies ist m.E. in besonderer Weise im Rahmen der Europäischen Union der Fall: Gerade in einem Gemeinwesen, in dem das "Subjekt" der demokratischen Legitimationskette nicht ein "Volk" im Sinne eines "europäischen (National-) Volkes", sondern die Gesamtheit der Unionsbürger ist, die ihren Willen auf verschiedene Weise, so über die Wahl ihrer nationalen Parlamente (die dann wiederum in den meisten Mitgliedstaaten die Regierungen wählen, deren Mitglieder ihrerseits den Rat bilden), aber auch über die Wahl des Europäischen Parlaments, ausdrücken, stellt die Beachtung des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit auf Unionsebene eine tragende Voraussetzung für die Anerkennung des auf Unionsebene erlassenen Rechts dar. Denn das Rechtsstaatsprinzip gewährleistet, dass die Vorgaben der Verfassungsurkunde ebenso wie gewisse Grundrechte eingehalten und eine (mögliche) Verletzung gerichtlich geltend gemacht werden kann. Nur unter dieser Voraussetzung ist letztlich die Übertragung der Hoheitsgewalt auf eine supranationale Organisation, der Kompetenzen zur Setzung zwingenden Rechts in beachtlichem Umfang eingeräumt werden, hinnehmbar. M.a.W.: Legitimation kann auch durch Legalität – die auch die Einhaltung der Rechte Einzelner impliziert – vermittelt werden³² bzw. letztere ist ein unverzichtbares Element der Legitimation.³³ Denn nur durch die Maßgeblichkeit der Rechtsordnung können der Ausübung von Hoheitsgewalt Grenzen gesetzt werden. Damit ist das von den Unionsorganen gesetzte Recht auch aufgrund der Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze legitimiert, womit auch deutlich wird, dass sich diese Legitimation in erster Linie auf das Sekundärrecht bezieht.

Dabei ist die Rechtsstaatlichkeit nicht nur ein Grundsatz, der anzuerkennen und zu verankern ist (wie dies in Art. 2 EUV der Fall ist), sondern er bedarf auch der ständigen „Pflege“ durch alle Verfassungsorgane. Gerade in der Europäischen Union – die noch stärker auf die Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit als Legitimationsquelle angewiesen ist als ein Staat – sollte

³⁰ Vgl. etwa die Überlegungen bei *Lübbe-Wolff*, VVDStRL 2001 (Fn. 11), 246 (255 ff.); *Christophe Maubernard*, Vers une possible démocratie « transnationale » européenne ? Du discours à la méthode dans l'établissement d'une démocratie européenne, RMCUE 2012, 185 ff.; *Roland Bieber*, Die Demokratisierung der EU, SZIER 2011, 99 ff.; *Stephan Bredt*, Prospects and Limits of Democratic Governance in the EU, ELJ 2011, 35 ff.

³¹ Zu den Elementen der Rechtsstaatlichkeit in diesem Zusammenhang m.w.N. nur *Dieter Scheuing*, Die neue Verfassung der Europäischen Union: über die Rechtsstaatlichkeit, in: Manfred Zuleeg (Hg.), Die neue Verfassung der Europäischen Union, 2006, 91 ff.

³² Vgl. hierzu *Manfred Zuleeg*, Demokratie in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 1993, 1069 (1071); *Jochen A. Frowein*, Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten, EuR 1995, 315 (321 ff.); *Jo Shaw*, The Many Pasts and Futures of Citizenship in the European Union, ELR 1997, 554 (562 f.); s. auch *Gil Carlos Rodriguez Iglesias*, Zur "Verfassung" der Europäischen Gemeinschaft, EuGRZ 1996, 125 (130).

³³ S. die Zusammenstellung ganz verschiedener Legitimitätsmodelle für die Europäische Verfassung bei *Peters*, Elemente (Fn. 2), 499 ff., die selbst für eine "Legitimation durch Bewährung" plädiert (580 ff.).

diesem Aspekt besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden. Der Umstand, dass es grundsätzlich der dritten Gewalt obliegt, ggf. auf die Einhaltung der rechtsstaatlicher Grundsätze hinzuwirken bzw. diese durchzusetzen, ändert nämlich nichts daran, dass eine funktionierende rechtsstaatliche Ordnung dauerhaft nur Bestand haben kann, wenn sich grundsätzlich alle Verfassungsorgane ihr verpflichtet fühlen und ihr Handeln dementsprechend ausrichten. Insofern stoßen gewisse Tendenzen der Unionsorgane im Zusammenhang mit der Wirtschafts- und Währungsunion auf Bedenken, dürfte hier doch mitunter die Neigung bestehen, sich im Zuge (wirklicher oder vermeintlicher) veränderter Umstände der Anwendung bzw. Beachtung gewisser Rechtsnormen zu entziehen.³⁴

3. Insbesondere: Legitimation durch die Gewährleistung von Rechten Einzelner

Ein spezifischer Aspekt der Rechtsstaatlichkeit betrifft die Einräumung von Rechten für Unionsbürger, der (auch) legitimatorische Funktion und Bedeutung zukommen kann. Dabei geht (auch) diese "Schicht" der Legitimation teilweise über die Frage nach der demokratischen Legitimation hinaus, da die Einräumung und die Ausübung von Rechten Einzelner nicht zwingend gleichzeitig die Wahrnehmung demokratischer Rechte impliziert, sondern es sich auch um (sonstige) Individualrechte handeln kann.

Die Einräumung von Rechten kann insbesondere aus drei Gründen einen Beitrag zur Legitimation einer Verfassungsordnung und des auf ihrer Grundlage angenommenen Rechts leisten:

- Zunächst ist daran zu erinnern, dass Einzelne insofern in die Ausübung von Hoheitsgewalt einbezogen sind, als sie im Falle der (möglichen) Verletzung ihrer Rechte und damit (auch) des Legalitätsprinzips Rechtsschutz beanspruchen können, was wiederum insofern im Zusammenhang mit der Legitimation der Rechtsordnung steht, als damit eine gewisse Rechtmäßigkeitskontrolle ermöglicht wird.
- Spezifisch in Bezug auf die EU-Verträge ist weiter anzufügen, dass diese – wie schon die früheren Verträge – den Rechtskreis der Einzelnen erheblich erweitern, indem sie den Unionsbürgern eine Reihe spezifischer und in der Sache relativ weitreichender Rechte einräumen; soweit damit also den Unionsbürgern gerade aufgrund ihrer Eigenschaft als Unionsbürger zusätzliche Rechte zustehen (wie insbesondere Freizügigkeit im Unionsgebiet oder Nichtdiskriminierung), ist vor dem Hintergrund der damit einhergehenden Erweiterung des Rechtskreises der Einzelnen von einer "Legitimation durch die Einräumung von Rechten" auszugehen.³⁵ Diese "Legitimationswirkung" der Erweiterung der Rechtssphäre des Einzelnen entfaltet Rückwirkungen auch auf andere Aspekte der Verträge und indirekt auch des Sekundärrechts: Denn die den Unionsbürgern eingeräumten Rechte stellen "Grundprinzipien" der Verträge dar, die sich als "Leitmotive" auch in anderen Bereichen auswirken, so dass sie letztlich zahlreiche Aspekte der Verträge und der Ausübung der Hoheitsgewalt auf ihrer Grundlage prägen. Zentral ist in diesem Zusammenhang auch, dass die (Rechts-)Beziehung zwischen den Unionsbürgern und der

³⁴ Zur Problematik z.B. *Christoph Herrmann*, Die Bewältigung der Euro-Staatsschulden-Krise an den Grenzen des deutschen und europäischen Währungsverfassungsrechts, *EuZW* 2012, 805 ff.; *Rainer Palmstorfer*, To Bail Out or not to Bail Out? The Current Framework of Financial Assistance for Euro Area Member States Measured against the Requirements of EU Primary Law, *ELR* 2012, 771 ff.

³⁵ Vgl. so i.Erg. auch *Pernice*, *VVDStRL* 60 (Fn. 2), 148 (170); s. auch die Überlegungen bei *Peters*, *Elemente* (Fn. 2), 552 ff., die im Zusammenhang mit der Legitimität einer Rechtsordnung bzw. Verfassung auch auf die Leistungen, die diese zum Wohlergehen ihrer Bürger hervorbringt, abstellt.

Union keine mittelbare, über die staatliche Hoheitsgewalt laufende, sondern eine unmittelbare ist: Rechte (und auch Pflichten) können für die Unionsbürger unmittelbar aus unionsrechtlichen Bestimmungen fließen.³⁶

- Schließlich ist noch eine Reihe von Rechten zu erwähnen, die es den Unionsbürgern – im Sinne einer "partizipativen Demokratie" – ermöglicht, in verschiedener Form an der demokratischen Willensbildung teilzunehmen. Solche Rechte stehen denn auch in engem Zusammenhang mit der demokratischen Legitimation im Sinne einer "Rückkopplung" an den Volkswillen.

Deutlich wird damit auch, dass die legitimatorische Wirkung der Einräumung von Rechten für Unionsbürger auf verschiedenen Ebenen angesiedelt ist: Einerseits geht es – soweit die Achtung der Rechte Einzelner und des Legalitätsprinzips sowie die Erweiterung des Rechtskreises betroffen ist – primär (aber nicht nur, können doch solche Aspekte auch im Rahmen von Sekundärrecht relevant werden) um die Legitimation des Primärrechts. Die im Zusammenhang mit einer "partizipativen Demokratie" zu sehenden Rechte hingegen betreffen im Wesentlichen die Legitimation des Sekundärrechts.

Dabei sei jedoch klargestellt, dass die Einräumung von Rechten immer nur ein – wenn auch nach der hier vertretenen Ansicht unabdingliches – Element der Legitimation von Recht und Hoheitsgewalt sein kann, das immer durch andere, insbesondere demokratische Mechanismen zu ergänzen ist;³⁷ insofern ist es durchaus zutreffend, darauf hinzuweisen, dass zwar die Einräumung von Rechten keiner demokratischen Legitimation bedarf, wohl aber die Setzung der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung.³⁸ Dies ändert aber nichts daran, dass die Einräumung von Rechten, verknüpft mit ihrer gerichtlichen Durchsetzbarkeit und der Beachtung des Legalitätsprinzips, als solche eine gewisse Legitimationswirkung der Rechtsordnung, die diese Rechte gewährt, entfalten kann und im Rahmen der EU aufgrund der besonderen Charakteristika der Unionsrechtsordnung eine besonders gewichtige Rolle spielt.

II. Zur "Bürgerinitiative"

Art. 11 Abs. 4 EUV sieht vor, dass Unionsbürger die Kommission auffordern können, eine Gesetzgebungsinitiative zu ergreifen, dies im Hinblick auf die "Umsetzung" der Verträge.³⁹ Im Einzelnen zeichnet sich diese "Bürgerinitiative" durch eine Reihe von Charakteristika bzw. Anforderungen aus, wobei einige Aspekte sich allerdings nicht eindeutig aus dem Text der Bestimmung erschließen. Die Einzelheiten dieser Bürgerinitiative sind durch eine Verordnung festzulegen (Art. 24 Abs. 1 AEUV), was mittlerweile mit der VO 211/2011⁴⁰ geschehen ist.⁴¹ Inzwischen wurden auch schon verschiedene Bürgerinitiativen eingereicht,

³⁶ Grundlegend EuGH, Rs. 26/62 /van Gend & Loos), Slg. 1963, 1.

³⁷ Zu diesen oben A.I.1.

³⁸ Vgl. *Lübbe-Wolff*, VVDStRL 60 (Fn. 11), 246 (251 ff.).

³⁹ Diese Bestimmung geht ursprünglich wohl auf einen noch in anderem Zusammenhang diskutierten entsprechenden Vorschlag Italiens und Österreichs zurück. Vgl. Agence Europe Nr. 6823 vom 2.10.1996, wo noch die Rede davon war, dass 10 % der Unionsbürger aus mindestens drei Mitgliedstaaten ein "europäisches Gesetz" vorschlagen können. Unklar blieben hier noch die weiteren Aspekte eines solchen Instruments. S. im Übrigen Groupe de réflexion (1995), Rapport d'étape du président du Groupe de réflexion sur la Conférence intergouvernementale de 1996, Bruxelles, Conseil de l'UE, 22. Diese Überlegungen wurden von zwei Gruppen im Konvent wieder aufgegriffen, vgl. hierzu *Peters*, CMLRev. 2004 (Fn. 11), 37 (44), m.w.N.

⁴⁰ VO 211/2011 über die Europäische Bürgerinitiative, ABl. 2011 L 65, 1.

⁴¹ Vgl. zur Bürgerinitiative (neben den einschlägigen Kommentaren zu Art. 11 EUV) z.B. *Sebastian Heselhaus*, Die Ausgestaltung der Europäischen Bürgerinitiative – eine vertane Chance?, *EuR* 2013, 4 ff.; *Paolo Ponzano*, L'initiative citoyenne européenne: la démocratie participative à l'épreuve, *RDUE* 2012, 615 ff.; *Nicolas Levrat*,

wobei einige für unzulässig erklärt und von der Kommission nicht registriert wurden, in erster Linie wegen fehlender Rechtsetzungskompetenz der EU auf dem jeweiligen Gebiet.⁴²

Im Folgenden sollen – ausgehend von Art. 11 Abs. 4 EUV – die Charakteristika dieses Instruments erörtert werden, wobei jeweils auch auf die Ausgestaltung in der Verordnung hinzuweisen ist.

1. Initiativberechtigte

Das Initiativrecht steht insgesamt einer Million von Unionsbürgern⁴³ (oder mehr) zu. Ausgeschlossen sind damit Drittstaatsangehörige, die nicht unterzeichnen dürfen bzw. deren Unterschrift nicht gezählt würde.

Die Unterschriften müssen sodann nach Art. 11 Abs. 4 EUV von Staatsangehörigen aus einer "erheblichen" Anzahl von Mitgliedstaaten kommen. Die notwendige Anzahl von Mitgliedstaaten ist durch die Verordnung festzulegen, die allerdings die Vorgaben des Art. 11 Abs. 4 EUV zu beachten hat. Man wird das Kriterium der erheblichen Anzahl von Mitgliedstaaten wohl so auslegen müssen, dass es tatsächlich nur um die Zahl der Mitgliedstaaten gehen kann, nicht hingegen zusätzliche Erfordernisse – wie insbesondere die geographische Verteilung der Mitgliedstaaten oder eine gewisse "Mischung" zwischen "großen" und "kleinen" Mitgliedstaaten – formuliert werden dürfen. Weiter ist bezeichnend, dass man das eher unbestimmte Kriterium der Erheblichkeit der Anzahl gewählt hat, nicht hingegen eine genauer bestimmte Vorgabe, wie etwa mindestens die Hälfte der Mitgliedstaaten. Gleichzeitig ist davon auszugehen, dass die Einführung des Erheblichkeitskriteriums zwar sicherstellen soll, dass nicht Bürger aus ganz wenigen Staaten eine solche Initiative ergreifen können sollen und diese damit zu einem Instrument "nationalen Unmuts" werden kann, dass es aber gleichzeitig das Ergreifen einer Bürgerinitiative nicht übermäßig erschweren soll. Dies spricht – auch angesichts der inzwischen erreichten Anzahl an Mitgliedstaaten – dafür, dass die Erheblichkeitsschwelle doch deutlich unter der Hälfte der Mitgliedstaaten anzusiedeln ist.⁴⁴ Ansonsten wird dem Gesetzgeber hier ein beträchtlicher Gestaltungsspielraum eingeräumt.

Art. 7 VO 211/2011 trägt diesen primärrechtlichen Anforderungen Rechnung: Danach müssen die Unterzeichner einer Bürgerinitiative aus mindestens einem Viertel der Mitgliedstaaten kommen (Art. 7 Abs. 1 VO 211/2011), und Art. 7 Abs. 2 i.V.m. Anhang I VO 211/2011 legt die Mindestzahl der aus dem jeweiligen Mitgliedstaat stammenden Unterschriften fest.⁴⁵ Letzteres Kriterium erscheint schon deshalb ebenso sinnvoll wie notwendig, weil nur im Falle

L'initiative européenne: une réponse au déficit démocratique?, CDE 2011, 53 ff.; *Racha El-Herfi*, L'initiative citoyenne européenne: évaluation d'un mécanisme de démocratie au sein de l'Union européenne, RDUE 2011, 677 ff.; *Clemens Lintschinger*, Die Europäische Bürgerinitiative, 2012; *Christine Kaddous*, L'initiative citoyenne: un instrument de démocratie directe à l'échelle de l'Union européenne, in: Christine Kaddous/Andreas Auer (Hrsg.), Les principes fondamentaux de la Constitution européenne, 2006, 317 ff.; die Beiträge in: *Bruno Kaufmann/Johannes W. Pichler* (Hrsg.), The European Citizens' Initiatives. Into new democratic territory, 2010.

⁴² Hierzu im Einzelnen *Ponzano*, RDUE 2012 (Fn. 11), 615 (623 ff.).

⁴³ S. insoweit auch die Präzisierung in Art. 2 Nr. 2 VO 211/2011, wonach ein „Unterzeichner“ nur ein Unionsbürger ist.

⁴⁴ Ähnlich wohl auch *Peter M. Huber*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl., 2012, Art. 11 EUV, Rdnr. 36.

⁴⁵ Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Unterzeichner aus einem bestimmten Mitgliedstaat kommt, Art. 8 Abs. 1 Uabs. 2 VO 211/2011.

einer Mindestzahl von Unterschriften aus einem Mitgliedstaat die mit diesem Erfordernis angestrebte Repräsentativität erreicht werden kann.

2. Inhaltliche Anforderungen

Inhaltlich muss die Initiative eine "Aufforderung" an die Kommission enthalten, (im Rahmen ihrer Befugnisse) geeignete Vorschläge zu Themen zu unterbreiten, zu denen ein Rechtsakt der Union für die Umsetzung der Verträge notwendig ist. Damit werden an die Initiative gewisse inhaltliche Anforderungen gestellt:

- Die Bürgerinitiative ist von ihrer Zielrichtung darauf ausgerichtet, gesetzgeberisches Tätigwerden in einem bestimmten Bereich zu initiieren. M.a.W. muss Gegenstand der Initiative das Anliegen sein, dass in einem bestimmten Bereich ein (irgendwie gearteter) Rechtsakt erlassen oder angenommen wird. Damit sind Bürgerinitiativen, die andere Anliegen verfolgen (etwa politische Stellungnahmen zu irgendeinem Thema), nicht statthaft. Andererseits ist der Begriff der Rechtsakte auf der Grundlage einer systematischen Auslegung weit auszulegen, so dass er alle Formen rechtsverbindlichen Handelns erfasst, unter Einschluss zumindest gewisser nicht in Art. 288 AEUV erwähnter „untypischer“ Rechtsakte, wie etwa der Erlass eines Beschlusses zur Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrages. Auch individuell-konkrete Rechtsakte können grundsätzlich Gegenstand einer Bürgerinitiative sein, wobei jedoch noch die anderen inhaltlichen Voraussetzungen (insbesondere die Eröffnung der Zuständigkeit der Kommission) zu beachten sind.
- Im Übrigen kann sich die Bürgerinitiative nicht nur auf den Erlass von in der Kompetenz von Rat und Parlament liegenden Rechtsakten – wenn dies auch die Regel sein dürfte – beziehen, sondern auch auf solche, die in der Kompetenz anderer Organe liegen. Allerdings ist zu beachten, dass nur solche Aufforderungen zulässig sind, denen die Kommission im Rahmen ihrer Kompetenzen nachkommen kann, was anhand der Verträge zu prüfen ist. Diese Voraussetzung wird regelmäßig bei Aufforderungen zur Unterbreitung eines Vorschlags für "normale" Rechtsakte gegeben sein, kommt der Kommission doch in der Regel die Gesetzgebungsinitiative zu. Auch bei in ihren eigenen Kompetenzbereich fallenden Materien ist diese Voraussetzung gegeben, regelmäßig aber nicht in Bezug auf das Agieren unabhängiger Institutionen, wie z.B. die Europäische Zentralbank.
- Die Anforderung einer Kompetenz der Kommission zur Unterbreitung eines Vorschlags impliziert auch, dass es sich um eine Materie handeln muss, die in der Kompetenz der Union liegt, kommt doch nur unter dieser Voraussetzung eine Kompetenz der Kommission zur Formulierung einer Initiative in Betracht.⁴⁶ Ausgeschlossen sind damit Initiativen in der (ausschließlichen) Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.⁴⁷
- Notwendig, aber auch ausreichend, ist es aber, dass der Union grundsätzlich die Kompetenz zur Regelung der jeweiligen Materie zusteht, so dass es etwa unschädlich sein sollte, dass gewisse, in der Initiative (auch) angesprochene Aspekte diesen Anforderungen nicht genügen, obliegt es ja sowieso der Kommission, den Vorschlag zu konkretisieren.
- Ansonsten werden in Art. 11 Abs. 4 EUV keine präzisen inhaltlichen Anforderungen an Bürgerinitiativen gestellt. Schließen kann man daraus sicherlich, dass sie sehr allgemein formuliert sein können, muss die Kommission in ihrer Initiative die zu regelnden Aspekte

⁴⁶ Weiter muss der Kommission ein Initiativrecht zukommen, was zwar die Regel ist, wovon es jedoch gewisse Ausnahmen gibt, ebenso *Peter M. Huber*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl., 2012, Art. 11 EUV, Rdnr. 38.

⁴⁷ Ebenso *Peter M. Huber*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl., 2012, Art. 11 EUV, Rdnr. 37.

doch sowieso noch präzisieren. Zulässig sind aber auch konkretere Vorschläge, womit noch nichts über die "Bindungswirkung" der Initiative ausgesagt ist.⁴⁸

- Fraglich könnte aber sein, ob Bürgerinitiativen eine gewisse inhaltliche Homogenität aufweisen müssen.⁴⁹ Dagegen könnte sprechen, dass es bei der Bürgerinitiative ja nicht um eine wirkliche "Gesetzgebungsinitiative" in dem Sinn geht, dass über eine solche Vorlage dann auch abgestimmt wird, so dass die Verbindung mehrerer unzusammenhängender Materien letztlich eine unverfälschte Willenskundgebung verhinderte. Vielmehr steht nur eine Aufforderung an die Kommission zur Debatte, die ihrerseits dann noch aktiv werden muss, ganz abgesehen davon, dass das gesamte ordentliche Gesetzgebungsverfahren noch zu durchlaufen ist. Gleichwohl sprechen die besseren Gründe für das Erfordernis einer gewissen inhaltlichen Homogenität: Denn Sinn und Zweck der Bürgerinitiative bzw. ihr Hintergrund sind ja darin zu sehen, dass eine gewisse Anzahl von Unionsbürgern aus einer "erheblichen" Anzahl von Mitgliedstaaten zum Ausdruck bringen können soll, dass ein bestimmtes Thema für (dringend) regelungsbedürftig erachtet wird. Insofern soll die Bürgerinitiative also einen Rückschluss auf den Willen und die Ansichten der Initianten zulassen. Dies ist aber nur möglich, wenn eine gewisse inhaltliche Homogenität bzw. Einheit der Materie gegeben ist, da ansonsten nicht sicher ist, ob wirklich eine Million Bürger ein bestimmtes Thema für regelungsbedürftig halten, können sie doch aus ganz verschiedenen Gründen unterschrieben haben. Allerdings sollten die Anforderungen an die "Homogenität" der Bürgerinitiative nicht zu streng formuliert werden, geht es doch nur darum zu garantieren, dass die Initianten bzw. Unterzeichnenden ihren Willen wirklich zum Ausdruck gebracht haben. Daher dürfte die "Einheit der Materie" nur dann verletzt sein, wenn zwischen den erfassten Bereichen vernünftigerweise tatsächlich keinerlei Sachzusammenhang festzustellen ist.
- Schließlich muss es sich um Themen handeln, zu denen ein Rechtsakt "die" Verträge "umsetzt". Dieser äußerst unklaren Formulierung – was ist mit "die" Verträge gemeint (Zielbestimmungen, einzelne Politikbereiche u.a.m.)? Wie ist der Bezug auf die "Umsetzung" zu verstehen? – dürfte im Ergebnis keine eigenständige Bedeutung zukommen: Ist nämlich die Kompetenz der Union zur Regelung eines bestimmten Bereichs zu bejahen, dürfte es in aller Regel auch um Themata gehen, die "die Verträge umsetzen", da die Kompetenznormen ja gerade dazu dienen, die Zielsetzungen der Verträge zu "operationalisieren". Zudem ist darauf hinzuweisen, dass dieses Erfordernis (nur) nach Ansicht der Initianten gegeben sein muss, und über Ansichten (auch solche juristischer Natur) lässt sich ja bekanntlich gut streiten.

In der VO 211/2011 betrifft insbesondere Art. 4 Abs. 2 inhaltliche Anforderungen an die Initiative.⁵⁰ Danach darf die geplante Bürgerinitiative nicht offenkundig außerhalb des Rahmens liegen, in dem die Kommission befugt ist, Vorschläge zu unterbreiten, nicht offenkundig missbräuchlich, unseriös oder schikanös sein sowie nicht offenkundig gegen die Werte der Union nach Art. 2 EUV verstoßen. Damit wird zwar den meisten der erörterten Anforderungen entsprochen, wobei aber auch darauf hinzuweisen ist, dass auf das Erfordernis einer gewissen inhaltlichen Homogenität des Anliegens verzichtet wurde, was nach der hier vertretenen Ansicht nicht nur bedauerlich ist, sondern wohl auch dem Grundanliegen einer Bürgerinitiative – so wie es auch in Art. 11 Abs. 4 EUV zum Ausdruck kommt – nicht

⁴⁸ S. sogleich unter A.II.3., 4.

⁴⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang zu dem Erfordernis der "Einheit der Materie" bei Verfassungsinitiativen in der Schweiz Art. 194 Abs. 2 BV. Aus der Literatur *Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., 2012, Rdnr. 1787 ff.; *René Rhinow*, Grundzüge des schweizerischen Verfassungsrechts, 2003, Rdnr. 435 ff.

⁵⁰ Der Begriffsdefinition in Art. 2 Nr. 1 VO 211/2011 hingegen sind keine über den Vertragstext hinausgehende Elemente zu entnehmen.

hinreichend Rechnung trägt. Im Übrigen erscheint der Hinweis auf die offenkundig missbräuchlichen, unseriösen und schikanösen Vorschläge aufgrund der Unbestimmtheit dieser Begriffe wenig zielführend; jedenfalls ist diese inhaltliche Schranke eng auszulegen.

3. Rechtswirkung

In Bezug auf die Rechtswirkung der Initiative ist davon die Rede, dass die Kommission "aufgefordert" werden kann, entsprechende Vorschläge zu unterbreiten (Art. 11 Abs. 4 EUV, Art. 2 Nr. 1 VO 211/2011). Diese Formulierung – die auch in anderen Sprachfassungen nicht klarer ausfällt⁵¹ – wirft die Frage auf, ob die Kommission verpflichtet ist, einer solchen Initiative Folge zu leisten oder ob sie die Bürgerinitiative als eine Art Denkanstoß betrachten kann, den sie weiterverfolgen kann oder auch nicht. In der VO 211/2011 wird – zumindest auf den ersten Blick – die zuletzt genannte Ansicht zugrundegelegt, da Art. 10 Abs. 1 lit. c) VO 211/2011 davon ausgeht, dass die Kommission auch auf ein weiteres Vorgehen verzichten kann (wobei sie allerdings die Gründe darzulegen hat).

Wirklich überzeugend ist dieser Ansatz jedoch nicht: Denn er impliziert, dass die Bürgerinitiative eine in jeder Beziehung unverbindliche Anregung darstellt, die sich im Verhältnis zu der sowieso jedem frei stehenden Möglichkeit, der Kommission "sachdienliche Hinweise" für die Planung ihrer Aktivitäten zu geben, lediglich durch besondere Verfahrensvorgaben auszeichnet. M.E. spricht daher die Formalisierung der Initiative für eine Rechtspflicht der Kommission, zu den betroffenen Bereichen Gesetzgebungsinitiativen vorzulegen. Insbesondere wäre es auch widersinnig, von den Initianten den doch nicht unbeträchtlichen Aufwand des Sammelns von einer Million Unterschriften in mehreren Mitgliedstaaten zu verlangen, wenn der Initiative keinerlei Rechtswirkung zukäme. Im Übrigen ist auf Ziel und Zweck der Bestimmung und ihren *effet utile* hinzuweisen: Die Bürgerinitiative soll doch ersichtlich ermöglichen, dass Unionsbürger auf diesem Weg ihre Anliegen vorbringen können, damit diese auch tatsächlich in das Gesetzgebungsverfahren der Union einfließen können. Diese Zielsetzung der Ermöglichung eines direkten Einbringens der Unionsbürger würde aber vereitelt, wenn dem Einreichen der Initiative keinerlei verbindliche Rechtswirkung für die Kommission zukäme.

Dabei sei der Klarheit halber hervorgehoben, dass der hier vertretene Ansatz keine inhaltliche Bindung der Kommission impliziert: Zwar könnte der *effet utile* des Art. 11 Abs. 4 EUV gegen die Unverbindlichkeit der inhaltlichen Stoßrichtung der Bürgerinitiative angeführt werden, könnte auf dieser Grundlage doch ein dem Willen der Initianten widersprechender Text vorgeschlagen werden. Gleichwohl sprechen die besseren Gründe unter Berücksichtigung der Einbettung der Bürgerinitiative in die institutionellen Strukturen der Union gegen eine "inhaltliche Bindungswirkung" derselben: Denn die Verträge gehen nach wie vor davon aus, dass das "Initiativmonopol" grundsätzlich bei der Kommission liegt; Hintergrund ist die spezifisch unionsrechtliche Erwägung, dass die Kommission als unabhängiges Organ am besten in der Lage ist, den Interessen der Union und den Vorgaben der Verträge Rechnung tragende Vorschläge zu unterbreiten.⁵² Diese Rolle der Kommission würde aber in Frage gestellt, wäre sie verpflichtet, sich inhaltlich vollumfänglich an die Anliegen der Initianten anzulehnen; sie könnte dann inhaltlich nicht mehr diejenigen Vorschläge unterbreiten, die ihr im Gesamtkontext des Unionsrechts und der Unionspolitiken

⁵¹ Vgl. die englische, französische und italienische Version, die von "inviting the Commission", "inviter la Commission" und "invitare la Commissione" sprechen.

⁵² Zum (Quasi-) "Initiativmonopol" der Kommission etwa Roland Bieber, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag, Die Europäische Union, 10. Aufl., 2013, § 7, Rdnr. 7 ff.

sachdienlich erscheinen, sondern müsste spezifischen (Sonder-)Anliegen Rechnung tragen. Daher spricht Vieles dafür, die Bürgerinitiative als ein Recht, die Kommission verbindlich aufzufordern, in einem bestimmten Bereich tätig zu werden, zu verstehen, ohne dass damit der Inhalt dieser Tätigkeit "vorgespurt" werden könnte. Für diesen Ansatz spricht auch, dass jedenfalls Rat und Parlament nicht an den Inhalt einer Bürgerinitiative gebunden wären, sind sie doch nach dem insoweit klaren Wortlaut des Art. 11 Abs. 4 EUV nicht Adressaten der Bürgerinitiative. Diesem Ansatz können auch nicht demokratietheoretische Erwägungen entgegen gehalten werden, geht es doch nur um das Anliegen einer insgesamt sehr kleinen Minderheit der Unionsbürger. Deutlich wird damit, dass Art. 11 Abs. 4 EUV eben gerade keine "echte Initiative" in dem Sinn beinhaltet, dass die Initianten wirklich zwingend durchsetzen könnten, dass ein Anliegen bzw. ein Text Eingang in die Rechtsordnung findet; vielmehr ist die Bürgerinitiative als "Gesetzgebungsanstoßrecht" konzipiert und erschöpft sich hierin. Immerhin ist aber wohl anzunehmen, dass die Kommission in der Praxis die inhaltlichen Anliegen der Initianten in der Regel jedenfalls sorgfältig prüfen wird.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass das in Art. 241 AEUV enthaltene "Aufforderungsrecht" des Rates eine ähnliche Formulierung enthält: Danach kann der Rat die Kommission auffordern, (u.a.) Gesetzgebungsvorschläge zu unterbreiten. Diese Bestimmung wird – trotz fortbestehender Meinungsverschiedenheiten – (inzwischen) mehrheitlich zutreffenderweise so ausgelegt, dass die Kommission zwar hinsichtlich des "Ob" des Tätigwerdens grundsätzlich⁵³ an eine solche Aufforderung gebunden ist, hinsichtlich des "Wie" hingegen ein denkbar weiter Gestaltungsspielraum besteht,⁵⁴ hat die Kommission doch im Rahmen ihrer Befugnisse nicht "Weisungen" des Rates zu befolgen. Insofern bestehen also gewisse strukturelle Parallelen in Bezug auf die Rechtswirkungen einer Aufforderung nach Art. 11 Abs. 4 EUV und Art. 241 AEUV.

Im Ergebnis sprechen damit die besseren Gründe dafür, dass eine Bürgerinitiative die Kommission zwar grundsätzlich verpflichtet, auf dem jeweiligen Gebiet durch die Unterbreitung eines entsprechenden Vorschlags tätig zu werden, wobei sie jedoch nicht an den Inhalt der Initiative gebunden ist. Die Formulierung des Art. 10 Abs. 1 lit. c) VO 211/2011 erscheint vor diesem Hintergrund – soweit die grundsätzliche Verpflichtung zum Tätigwerden betroffen ist – wenig sachdienlich. Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Bestimmung primärrechtskonform dahingehend auszulegen, dass die Kommission allenfalls in begründeten Ausnahmefällen von einem Vorschlag absehen darf, dies insbesondere dann, wenn das betreffende Anliegen bzw. die betreffende Materie nicht sinnvoll Gegenstand einer rechtlichen Regelung sein kann oder wenn schwerwiegende Gründe des Allgemeinwohls einer solchen entgegenstehen.⁵⁵

4. Keine Erfolgsgarantie

Unterbreitet die Kommission einen Gesetzgebungsvorschlag in dem jeweiligen Bereich, ist keineswegs sicher, dass er in dieser oder modifizierter Form auch angenommen wird. Vielmehr nimmt dann das Gesetzgebungsverfahren seinen normalen Verlauf, und es ist möglich, dass insbesondere Rat und Parlament den betreffenden Akt gar nicht annehmen. Deutlich wird damit einmal mehr, dass es bei der Bürgerinitiative nicht um ein eigentliches

⁵³ Von Ausnahmefällen abgesehen, die in Art. 11 Abs. 4 EUV im Wesentlichen schon durch die Erfordernisse der "Umsetzung von Verfassungszielen" und des Bestehens einer Kompetenz der Union umfasst sein dürften.

⁵⁴ Vgl. *Walter Obwexer/Waldemar Hummer*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl., 2012, Art. 241, Rdnr. 13 ff., m.w.N.

⁵⁵ I.Erg. ähnlich *Heselhaus*, EuZ 2013 (Fn. 41), 4 (6 f.); *Peter M. Huber*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl., 2012, Art. 11 EUV, Rdnr. 42, jeweils m.w.N. auch zu abweichenden Ansichten.

direkt demokratisches Recht geht, das eine Gesetzgebung unabhängig von den repräsentativen Organen initiieren kann, sondern um einen "Denkanstoß" zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens, der aber in keiner Weise dazu führt, dass die ordentlichen Verfahren modifiziert werden.

5. Verfahrensrechtliche Aspekte

Die verfahrensrechtlichen Aspekte – über die Art. 11 Abs. 4 EUV kaum bzw. keine Auskunft gibt – sind (auf der Grundlage von Art. 24 Abs. 1 AEUV) in der VO 211/2011 geregelt. Diese enthält insbesondere Anforderungen an die Organisatoren und Unterzeichner (Art. 3), Bestimmungen über die Registrierung (Art. 4) und die Sammlung (Art. 5, 6) – für die die Initianten zwölf Monate Zeit haben (Art. 5 Abs. 5) – sowie verfahrensrechtliche Vorgaben (Überprüfung der Initiative durch die Kommission, öffentliche Anhörung, Art. 10 f.).⁵⁶

6. Ausblick: Ausweitung direkt-demokratischer Rechte in der Union?

Die Ausführungen zu Art. 11 Abs. 4 EUV lassen erkennen, dass diese Bestimmung zwar schon deshalb beachtenswert ist, weil sie ein gewisses direkt demokratisches Element in den EU-Vertrag einführt; bislang ist den Unionsbürgern jegliche direkte Teilnahme an der Unionsgesetzgebung – jedenfalls auf "formellem Weg" – verwehrt. Andererseits haben die Ausführungen deutlich gemacht, dass es bei Art. 11 Abs. 4 EUV mitnichten um ein eigentliches direkt demokratisches Recht in dem Sinn geht, dass eine gewisse Anzahl von Bürgern eine Abstimmung über einen bestimmten Gegenstand erzwingen kann; vielmehr geht es nur (aber immerhin) um ein formalisiertes Recht, eine Gesetzgebung "anzustoßen"; in welche Richtung dieser Anstoß aber resultiert und ob ihm im Endeffekt Erfolg beschieden sein wird, liegt außerhalb des Einflussbereichs der Bürger allein in den Händen der Organe der EU, die nach den einschlägigen Verfahren entscheiden (die aber natürlich ihrerseits demokratisch ausgestaltet sind, wenn man hier auch nach wie vor gewisse Unzulänglichkeiten ausmachen mag⁵⁷). Die Bürgerinitiative führt gerade nicht dazu, dass (teilweise) die bestehenden Gesetzgebungsverfahren in irgendeiner Form modifiziert oder durch andere Verfahren ergänzt werden.

Aufgeworfen wird damit die Frage, ob und inwieweit prospektiv eine Erweiterung bzw. genauer Einführung direkt demokratischer Rechte in der EU in Betracht gezogen werden sollte. Diese Frage ist natürlich primär politischer Natur; immerhin sei aus rechtlicher Sicht hier bemerkt, dass gegen die Einführung direkt demokratischer Elemente in der Union – ebenso wenig wie gegen die grundsätzliche Möglichkeit der demokratischen Legitimation in der Union – jedenfalls nicht geltend gemacht werden kann, die Unionsbürger seien zu wenig "homogen": Der Umstand, dass die Unionsbürgerschaft eine rechtliche und politische Zugehörigkeit der Unionsbürger zur Union zu begründen vermag,⁵⁸ reicht grundsätzlich aus, damit die Unionsbürger – auch unter Berücksichtigung der Gesamtheit ihrer Rechte (und Pflichten) – einen (wenn auch nicht den alleinigen) Bezugspunkt demokratischer Legitimation darstellen; demokratische Legitimation ist eine politische und rechtliche Form der Legitimation von Macht, so dass eine rechtliche und politische Beziehung zu der jeweiligen

⁵⁶ Zum Verfahren etwa *Heselhaus*, EuZ 2013 (Fn. 41), 4 (12 f.), der auch auf die hier ausgesparten Fragen des Rechtsschutzes eingeht (13 ff.); s. sodann zum Verfahren z.B. *Peter M. Huber*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl., 2012, Art. 11 EUV, Rdnr. 50 ff.; *Levrat*, CDE 2011 (Fn. 41), 53 (68 ff.).

⁵⁷ Vgl. oben A.I.1.

⁵⁸ Oben A.I.1.

Hoheitsgewalt – wie sie durch die Unionsbürgerschaft gerade hergestellt wird – ausreichend ist. Deutlich wird damit, dass die Argumentation, wonach direkt demokratische Rechte sozusagen *per se* nicht mit der Natur der Union und ihrer Struktur vereinbar wären, nicht stichhaltig ist und letztlich von der eminent politischen Frage ablenkt.⁵⁹

Dieser somit entscheidenden politischen Frage nach der Opportunität der Einführung direkt demokratischer Rechte in der Union kann hier nicht vertieft nachgegangen werden; bemerkt sei aber, dass direkt demokratische Rechte grundsätzlich selbstverständlich das sicherlich nach wie vor bestehende "Demokratiedefizit"⁶⁰ teilweise abbauen könnten und einen Beitrag zur Stärkung demokratischer Legitimation leisten können.⁶¹ Ob man diesen Weg gehen oder eher auf eine (weitere) Anpassung repräsentativer Mechanismen setzen will, ist – wie gesagt – eine politische Frage. Sollte man die Einführung direkt demokratischer Rechte in Erwägung ziehen – was man aus guten Gründen, etwa die Stärkung der "Bürgernähe" der Entscheidungen auf EU-Ebene oder auch eine gewisse Annäherung der verschiedenen "Staatsvölker" über die Diskussion von Sachfragen sowie eine Stärkung (neben dem Parlament) der Legitimationsmechanismen auf Unionsebene, tun kann –, so müssten sich die Instrumente jedenfalls in den (institutionellen) Rahmen der Union einbetten und ihren Eigenarten Rechnung tragen. Es erscheint grundsätzlich durchaus möglich, direkt demokratische Instrumente einzuführen, die über Art. 11 Abs. 4 EUV hinausgehen, ohne die grundsätzliche institutionelle Struktur der Union und ihre Eigenarten (inkl. ihrer Zusammensetzung aus Mitgliedstaaten) in Frage zu stellen. In Weiterführung der Idee des Art. 11 Abs. 4 EUV könnte man etwa an eine "echte" Gesetzesinitiative in der Form einer allgemeinen Anregung, der der Gesetzgeber dann Rechnung tragen müsste, denken. Im Unterschied zu Art. 11 Abs. 4 EUV würde hier also auf Unionsebene – nach der Einreichung einer bestimmten Anzahl von Unterschriften aus einer bestimmten Anzahl von Mitgliedstaaten – eine entsprechende Abstimmung stattfinden, deren Ergebnis eine Bindungswirkung für die EU-Organe entfaltet, wenn auch nur als allgemeine Anregung.

B. Exkurs: zur Einbindung der Schweiz in den europäischen Verfassungsverbund

Bekanntlich ist die Schweiz bislang der Europäischen Union nicht beigetreten, und es ist nicht zu erwarten, dass ein solcher Beitritt in den nächsten Jahren erfolgen wird. Da die Schweiz aber in vielfältiger Weise als "Insel in der Europäischen Union" mit der EU und ihren Mitgliedstaaten verflochten ist, wobei nicht nur wirtschaftliche, sondern auch zahlreiche andere Aspekte betroffen sind, wurde schon vor einiger Zeit klar, dass die Schweiz verschiedene Gesichtspunkte ihrer Beziehungen zur EU auf vertraglicher Ebene regeln musste. Diese Notwendigkeit verstärkte und weitete sich im Zuge der "Vertiefung" der Integration in der EU aus.

Nachdem der erste umfassende Versuch einer "Einbindung" der Schweiz in Teile des Unionsbesitzstands durch die Ablehnung des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) am 6. Dezember 1992 in einer Volksabstimmung gescheitert ist, steht heute der sog. bilaterale und

⁵⁹ Ausführlich zu den Möglichkeiten der Einbettung direkt demokratischer Instrumente in die Strukturen *Astrid Epiney*, *Le référendum européen*, in: Andreas Auer/Jean-François Flauss (Hg.), *Le référendum européen*, 1997, 287 (300 ff.).

⁶⁰ Wenn auch im Umgang mit diesem Begriff Vorsicht geboten ist. Vgl. die Bemerkungen oben A.I.1.

⁶¹ Vgl. zur Rolle direkt demokratischer Rechte in der EU und möglichen Formen *Hans Herbert von Arnim*, *Vom schönen Schein der Demokratie*, 2002, 284 ff.; *Joseph H.H. Weiler*, *The European Union belongs to its citizens: three Immodest Proposals*, *Eastern Law Review* 1997, 150 ff. S. auch die Nachweise in Fn. 30, 59.

sektorielle Ansatz im Vordergrund: Es handelt sich hier um verschiedene Abkommen in unterschiedlichen Bereichen, die – entweder nach Ansicht der Schweiz oder nach Ansicht der EU – einer Regelung bedürfen, und es werden jeweils bereichsspezifische Vereinbarungen getroffen. Bislang sind aus einem ersten Paket ("Bilaterale I") sieben Abkommen in Kraft (seit 2002); acht Abkommen eines zweiten Pakets ("Bilaterale II") wurden im Oktober 2004 unterzeichnet und sind ebenfalls in Kraft bzw. werden angewandt. Hinzukommen zahlreiche weitere Verträge, in jüngerer Zeit z.B. das sog. Zollsicherheitsübereinkommen.⁶² Auf diese Weise ist die Schweiz heute rechtlich und noch mehr faktisch sehr weitgehend in die Europäische Union „integriert“, und derzeit wird eine Reihe weiterer Bereiche (z.B. Strom, Gesundheit, REACH und Lebensmittel) geprüft, in denen neue bilaterale Abkommen abgeschlossen werden könnten.

Ziel der politisch und rechtlich wohl bedeutendsten Abkommen ist die Einbindung der Schweiz in den relevanten Teil des Unionsbesitzstandes; m.a.W. sollen die Abkommen in diesen Fällen sicherstellen, dass das Nicht-EU-Mitglied Schweiz an den entsprechenden Integrationsschritten in der EU teilnehmen kann. Stichworte in diesem Zusammenhang sind insbesondere (aber nicht ausschließlich) die Abkommen zur Personenfreizügigkeit und zu "Schengen/Dublin". Gleichzeitig aber greift man aus institutioneller Sicht in den Abkommen zumindest bislang im Wesentlichen auf ein "klassisches" völkerrechtliches Instrumentarium zurück. Durch diese Vorgehensweise werden komplexe Fragen in Bezug auf die Einbindung der Schweiz in den jeweiligen Teil des Unionsbesitzstands aufgeworfen, denen im Folgenden – teilweise unter Bezugnahme auf Beispiele aus den Verträgen – nachgegangen werden soll.⁶³ Diese Fragen – die von der Normenhierarchie über die Auslegung bis zur Anpassung an die Weiterentwicklung des Rechts in der EU gehen – sind vor allem vor dem Hintergrund zu sehen, dass die jeweiligen Antworten einerseits den "Erfolg" der Einbindung der Schweiz in den jeweiligen Teil des Unionsbesitzstands bestimmen, andererseits aber auch in Beziehung zu der Situation im Falle eines Beitritts der Schweiz zur EU zu setzen sind.

I. Überblick über die "Bilateralen I" und die "Bilateralen II" und mögliche weitere Abkommen

⁶² Abkommen über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen („24-Stunden-Regel“), vgl. den Text in BBl 2009 8953.

⁶³ S. insoweit auch schon die ausführliche Untersuchung der rechtlichen Einbindung der Schweiz in den Unionsbesitzstand über die bilateralen Verträge bei *Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Robert Mosters*, Die Kantone zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Bewertung ausgewählter europapolitischer Optionen aus rechtlicher Sicht / Les cantons entre adhésion à l'UE et "voie bilatérale": appréciation d'options sélectionnées de politique européenne du point de vue juridique, in: Konferenz der Kantonsregierungen / Conférence des gouvernements cantonaux (Hg. / éd.), Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Überlegungen und Reformbedarf aus kantonaler Sicht / Entre adhésion à l'UE et voie bilatérale: réflexions et besoin de réformes du point de vue des cantons. Expertenberichte im Auftrag der Arbeitsgruppe "Europa – Reformen der Kantone" / Rapports d'experts commandés par le groupe de travail "Europe – Réformes des cantons", 2006, 77 ff.; *Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker*, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, 2012; s. auch *Astrid Epiney*, Zu den "bilateralen" Verträgen der EG bzw. ihren Mitgliedstaaten und der Schweiz, GPR 2006, 2 ff.; *Astrid Epiney*, Zur institutionellen Struktur der Bilateralen Abkommen – Bestandsaufnahme, Perspektiven und Bewertung, in: FS Marc Amstutz, 2011, 35 ff. S. ansonsten die Beiträge in *Daniel Thürer/Daniel/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals/Andreas* (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz - EU. Ein Handbuch, Zürich 2007. Für einen kurzen Überblick über die Abkommen *Marius Vahl/Nina Grolimund*, Integration ohne Mitgliedschaft. Die bilateralen Verträge der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, Zürich 2007, 29 ff. Vgl. auch den instruktiven Überblick über den derzeitigen Stand der Beziehungen Schweiz – EU in dem Bericht des Europäischen Parlaments: EP, Internal Market beyond the EU: EEA and Switzerland, 2010.

Das erste "Paket" der sog. bilateralen und sektoriellen Abkommen⁶⁴ zwischen der EU bzw. ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweiz andererseits wurde am 21. Juni 1999 unterzeichnet und trat am 1. Juni 2002⁶⁵ in Kraft. Es betrifft folgende Bereiche:

- Personenfreizügigkeit;
- Forschung;
- technische Handelshemmnisse;
- landwirtschaftliche Produkte;
- Landverkehr;
- Luftverkehr;
- öffentliches Auftragswesen.

Es ist im vorliegenden Rahmen nicht möglich, auf den Inhalt dieser Abkommen einzugehen; herausgegriffen werden sollen aber die bereichsübergreifenden Charakteristika:

- Die sieben Verträge stellen insofern ein "Paket" dar, als die Abkommen – wie in den Schlussbestimmungen aller Abkommen niedergelegt – nur zusammen in Kraft treten konnten und die Nichtverlängerung oder Kündigung eines der Abkommen dazu führt, dass auch alle anderen Abkommen außer Kraft treten bzw. nicht mehr angewandt werden (sog. Guillotine-Klausel).
- Gleichwohl handelt es sich um jeweils getrennte, in sich geschlossene Vertragswerke; ein irgendwie geartetes Rahmenabkommen – das etwa gemeinsame, bereichsübergreifende Fragen regelt – gibt es nicht. So sind auch die "institutionellen" Bestimmungen jeweils in den verschiedenen Abkommen für jeden Bereich geregelt. Daher gibt es z.B. sieben Gemischte Ausschüsse oder sieben verschiedene Regimes in Bezug auf die Weiterentwicklung des Vertragsinhalts.
- Die Abkommen stellen – im Gegensatz zum EWR – keine "Integrationsverträge" in dem Sinn einer echten Einbindung in die Integration der EU-Staaten dar; vielmehr handelt es sich in Bezug auf die Form um "klassische" völkerrechtliche Instrumente, die auf dem Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesetzgebung bzw. Standards beruhen und deren zentrale Organe die aus Vertretern der Vertragsparteien zusammengesetzten und einstimmig entscheidenden Gemischten Ausschüsse sind, denen u.a. die Wahrung der korrekten Anwendung der Verträge, die Beilegung von Streitigkeiten sowie die Modifikation gewisser Teile der Abkommen obliegen. Es erfolgt also gerade keine eigentliche Übernahme der einschlägigen unionsrechtlichen Regelungen.⁶⁶ Gleichwohl – und dies gilt

⁶⁴ Der Ausdruck "bilaterale Abkommen" ist im Gegensatz zu dem als multilateral angesehenen Ansatz des EWR zu sehen. Aus rechtlicher Sicht ist er jedoch zumindest ungenau, da die Abkommen teilweise multilaterale Abkommen (da die Mitgliedstaaten beteiligt sind) darstellen. Daher trifft der Ausdruck "sektorielle Abkommen" die Rechtslage eigentlich besser, da er Bezug auf die bereichsspezifische Regelung der verschiedenen Dossiers nimmt. Gleichwohl werden im Folgenden die inzwischen gebräuchlichen Ausdrücke "Bilaterale I" und "Bilaterale II" verwandt.

⁶⁵ Für die Texte aller Abkommen siehe BBl 1999, 6489 ff.; ABl. 2002 L 114, 1 ff.

⁶⁶ Eine Ausnahme stellt hier das Luftverkehrsabkommen dar, das in verschiedener Hinsicht eine "echte" Integration in den Unionsbesitzstand vorsieht, insbesondere in Bezug auf die Befugnisse der Organe der Union, vgl. Art. 20 Luftverkehrsabkommen.

insbesondere für das Personenfreizügigkeitsabkommen⁶⁷ – wird andererseits eine Teilnahme an dem entsprechenden Ausschnitt des Unionsbesitzstands bezweckt.⁶⁸

Bald nach Abschluss der sog. "Bilateralen I" wurden die Verhandlungen zu den sog. "Bilateralen II" aufgenommen.⁶⁹ Diese befassen sich einerseits mit den "Restthemen" ("left overs") der Bilateralen I, andererseits betreffen sie neue politische Anliegen beider Seiten. So brachte die EU die Dossiers Zinsbesteuerung und Betrugsbekämpfung in die Verhandlungen ein, worauf die Schweiz ihr Interesse an einer "Teilnahme" an "Schengen" und "Dublin" kundtat. Damit umfasst das Paket der "Bilateralen II" – nach der Zurückstellung des Dienstleistungsdossiers – folgende Bereiche:

- Besteuerung der Ruhegehälter von in der Schweiz ansässigen EU-Beamten;
- verarbeitete Landwirtschaftsprodukte;
- Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur;
- Zusammenarbeit im Bereich der Statistik;
- Teilnahme der Schweiz an verschiedenen Programmen in den Bereichen Bildung, Berufsbildung und Jugend;
- Teilnahme an "Dublin" und am "Schengen-acquis";
- Zinsbesteuerung;
- Betrugsbekämpfung.

Die drei zuletzt genannten Dossiers stießen auf beträchtliche Schwierigkeiten in den Verhandlungen, insbesondere wegen der (potenziellen) Betroffenheit des Bankgeheimnisses – so wie es seinerzeit in der Schweiz geregelt war – durch die zu vereinbarenden Abkommenstexte.⁷⁰ Es konnte gleichwohl eine Einigung erzielt werden,⁷¹ und die Abkommen wurden im Oktober 2004 unterzeichnet; im Juni 2005 wurde der entsprechende Bundesbeschluss in einem Referendum vom Volk in der Schweiz gutgeheißen. Interessant in unserem Zusammenhang sind insbesondere die den Schengen- und Dublin-Besitzstand betreffenden Abkommen, ist hier doch – immer auf der Grundlage eines in der Form völkerrechtlichen Ansatzes – eine echte Einbindung der Schweiz in den entsprechenden Teil des Unionsbesitzstands vorgesehen, unter Einschluss einer grundsätzlichen Pflicht zur Übernahme seiner Weiterentwicklung.⁷² Ansonsten ist zu bemerken, dass die verschiedenen Abkommen der "Bilateralen II" aus rechtlicher Sicht – im Gegensatz zu den "Bilateralen I" – nicht miteinander verknüpft sind, sondern voneinander unabhängige Abkommen sind, wobei aber eine Verknüpfung aus politischer Sicht (teilweise) hergestellt wird. Die Abkommen der „Bilateralen II“ sind inzwischen alle (mit der bemerkenswerten Ausnahme des

⁶⁷ Ausführlich zu diesem *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)* 2005, 1 ff.; *Astrid Epiney*, Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2004/2005*, 2005, 45 ff.; *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 63), 103 ff., 154 ff., 203 ff., jeweils m.w.N.

⁶⁸ Vgl. insofern auch noch die Ausführungen unten B.II.

⁶⁹ Text und Botschaft zu den Bilateralen II in BBl. 2004, 5965 ff. Zu den Bilateralen Abkommen I und II die Beiträge in *Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals* (Hg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU. Handbuch*, 2007.

⁷⁰ Hierzu *Astrid Epiney*, Rechtshilfe in Strafsachen in der EU, *EuZW* 2003, 421 (426 f.).

⁷¹ Vgl. insbesondere Art. 7 Schengen-Assoziierung. Hierzu ausführlich *Monique Jametti Greiner/Hanspeter Pfenniger*, Der Schutz des schweizerischen Bankgeheimnisses im Abkommen zur Assoziierung der Schweiz an Schengen, *Aktuelle Juristische Praxis* 2005, 159 ff.

⁷² Das Abkommen ist denn auch in weiten Teilen parallel wie die Assoziierungsabkommen mit Norwegen und Island ausgestaltet. Hierzu *Astrid Epiney*, Schengen, Dublin und die Schweiz, *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)* 2002, 300 (304 ff.).

Betrugsabkommens, bei dem noch die Ratifikation eines Mitgliedstaats aussteht, wobei das Abkommen allerdings vorläufig angewandt wird) in Kraft.

Derzeit wird der Abschluss neuer bilateraler Abkommen geprüft, wobei teilweise schon Verhandlungen zwischen der EU und der Schweiz stattfinden, teilweise das Verhandlungsmandat durch den Bundesrat beschlossen wurde und teilweise (erst) Vorabklärungen im Gange sind. Im Einzelnen geht es hier in erster Linie um folgende Bereiche:⁷³

- Agrar- und Lebensmittelbereich, Produktsicherheit und öffentliche Gesundheit;
- Elektrizität;
- Emissionshandel;
- Zusammenarbeit mit der Europäischen Verteidigungsagentur;
- Chemikalienrecht (« REACH »);
- Satellitennavigation (Galileo);
- Friedensförderung.

Allerdings ist derzeit fraglich, ob und wann weitere Abkommen abgeschlossen werden, da sich die Europäische Union und die Schweiz über eine Reihe institutioneller Fragen sowie über die konkrete Verhandlungsführung bei den derzeit anstehenden Dossiers nicht einigen können.⁷⁴

II. Zur Einbindung der Schweiz in den Unionsbesitzstand: ausgewählte Aspekte

1. Abkommensrechtliche Verpflichtungen: zu den Rechtswirkungen der bilateralen Abkommen

Versucht man, die genauen Rechtswirkungen der von der Schweiz abgeschlossenen bilateralen Verträge zu eruieren, so ist zunächst zwischen verschiedenen "Kategorien" von Pflichten zu unterscheiden, je nach der Art und Weise sowie der Reichweite ihrer "Annäherung" an bereits in der EU geltende Vorschriften:⁷⁵

- Zunächst kann in einem Abkommen direkt auf Unionsrecht Bezug genommen werden und die Schweiz verpflichtet werden, in der Schweiz eine diesen Vorgaben entsprechende Rechtslage sicherzustellen. Diese Technik wird häufig beim Verweis auf Sekundärrechtsakte, die oft technischer Natur sind, verwandt. So enthalten etwa Anhänge II und III zum Personenfreizügigkeitsabkommen Listen von Rechtsakten, die die Schweiz im Ergebnis anzuwenden hat ("gleichwertige Rechtsetzung"). Entsprechend listet Anhang 1 des Abkommens über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Straße eine ganze Reihe technischer Vorschriften auf, wobei die Schweiz Rechtsvorschriften anzuwenden hat, die den unionsrechtlichen Vorschriften "gleichwertig" sind. Aber auch die Schengen- und Dublin-Abkommen nehmen hinsichtlich der materiellen Pflichten im Wesentlichen auf den Unionsbesitzstand Bezug.

⁷³ Vgl., auch zum jeweiligen Stand, www.europa.admin.ch.

⁷⁴ Hierzu noch unten B.II.3.

⁷⁵ Dabei wird im Folgenden jeweils beispielhaft auf gewisse Abkommen hingewiesen.

- Weiter können die Verpflichtungen der Schweiz zwar im Abkommen selbst (bzw. in Anhängen) formuliert werden, wobei sich ihr Inhalt jedoch weitgehend oder gar vollständig an die Situation in der Union anlehnt.
So übernimmt etwa Anhang I des Personenfreizügigkeitsabkommens teilweise wörtlich unionsrechtliche Bestimmungen oder formuliert sinngemäß parallele Verpflichtungen wie diejenigen, die im Unionsrecht zur Anwendung kommen. Aber auch Art. 1 Abs. 3 des Landverkehrsabkommens nimmt sinngemäß auf das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV Bezug; ähnliches gilt für das in Art. 6 des Abkommens über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens formulierte Diskriminierungsverbot.
- Schließlich können die bilateralen Verträge auch völlig "autonome" Bestimmungen enthalten, also solche, die sich nicht in irgendeiner Form an den Unionsbesitzstand anlehnen.
Dies ist etwa bei weiten Teilen des Betrugsabkommens sowie Teilen des Landverkehrsabkommens der Fall.

Soweit "direkt oder indirekt" auf den Unionsbesitzstand zurückgegriffen wird⁷⁶, stellt sich die komplexe Frage, ob und inwieweit derartige Bestimmungen parallel zur Rechtslage im Unionsrecht auszulegen sind. Diese Frage ist – da es sich um völkerrechtliche Verträge handelt – ausgehend von völkerrechtlichen Auslegungsmethoden und jeweils gesondert für die verschiedenen Abkommen zu beantworten.⁷⁷ Jedenfalls in den Fällen, in denen der Regelungszweck des Abkommens klar erkennen lässt, dass eine parallele Rechtslage angestrebt wird, spricht grundsätzlich Vieles für eine parallele Auslegung, wobei jedoch noch der zeitliche Bezugsrahmen zu präzisieren ist.⁷⁸ Dabei bringt es die in weiten und insbesondere bedeutenden Teilen der bilateralen Abkommen angewandte Regelungstechnik der "Übernahme von Teilen des Unionsbesitzstands" mit sich, dass komplexe Auslegungsprobleme aufgeworfen werden, kann doch nicht von vornherein von einer in jeder Hinsicht parallelen Auslegung ausgegangen werden, so dass der Bedeutungsgehalt jeder Bestimmung im Einzelfall zu ermitteln ist, was eine erhebliche Rechtsunsicherheit nach sich zieht.

Hinzu kommt, dass der Rechtsschutz in der Schweiz – wo die Abkommen aufgrund des monistischen Verständnisses zwischen Völker- und Landesrecht als solche gelten und bestimmte Regelungen *self executing* sind⁷⁹ – insofern "autonom" ausgestaltet ist, als schweizerischen Gerichten der Zugang zum EuGH über das Vorabentscheidungsverfahren

⁷⁶ Soweit "autonome" Verpflichtungen vorgesehen sind, ergeben sich im Verhältnis zu sonstigen völkerrechtlichen Verträgen keine besonderen Probleme.

⁷⁷ Ausführlich hierzu nunmehr *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 63), insbesondere 140 ff., 191 ff.

⁷⁸ Ausführlich zur Problematik in Bezug auf das Personenfreizügigkeitsabkommen *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 67), 1 ff.; i. Erg. wie hier in Bezug auf das Personenfreizügigkeitsabkommen z.B. *Matthias Oesch*, Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, SZIER 2011, 583 ff.; *Francesco Maiani*, La „saga Metock“, ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 2011 I, 27 ff.; *Thomas Burri/Benedikt Pirker*, Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss: von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens, SZIER 2010, 165 ff.; *Carl Baudenbacher*, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, ZSR 2012 II 419 (574 ff.); auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts geht von einer grundsätzlichen Maßgeblichkeit der unionsrechtlichen Auslegung für diejenigen abkommensrechtlichen Bestimmungen, die sich an das EU-Recht anlehnen, aus, vgl. hierzu die regelmäßigen (in der Regel zweijährlichen) Überblicke im Jahrbuch für Migrationsrecht, s. zuletzt *Astrid Epiney/Beate Metz*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, Bern 2012, 223 ff.

⁷⁹ Hierzu etwa *Daniel Wüger*, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, 2005, *passim*.

verwehrt ist. Damit einher geht die Gefahr einer divergierenden Rechtsprechung in Bezug auf die Auslegung der Abkommen durch den EuGH einerseits (der die Abkommen als integrierende Bestandteile des Unionsrechts in der EU auszulegen hat) und der Schweiz andererseits, was ebenfalls der Rechtssicherheit nicht zuträglich ist. So ist es etwa denkbar, dass schweizerische Gerichte eine bestimmte, sich aus einem der Abkommen ergebende Rechtsfrage in einem Sinn entscheiden, der EuGH aber später in einem anderen Sinn urteilt, womit die Frage aufgeworfen wird, ob die schweizerischen Gerichte ihre Rechtsprechung nicht modifizieren werden oder gar müssen.

Damit in engem Zusammenhang steht die (allgemeine) Frage nach der Relevanz der Rechtsprechung des EuGH in den Fällen, in denen bilaterale Abkommen auf Teile des Unionsbesitzstands Bezug nehmen. Teilweise enthalten die Abkommen hier selbst (direkte oder "indirekte") Berücksichtigungspflichten (für die vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Urteile), wie Art. 16 Abs. 2 Personenfreizügigkeitsabkommen oder das Schengen-Assoziierungsabkommen, das bei einer relevanten Abweichung der Rechtsprechung grundsätzlich die Beendigung des Abkommens vorsieht. Teilweise aber fehlt jeder Bezug zur Rechtsprechung des EuGH, obwohl die Abkommen auf unionsrechtliche Begriffe Bezug nehmen. In jedem Fall ist die genaue Relevanz der Rechtsprechung des EuGH präzisierungsbedürftig und ergibt sich nicht eindeutig aus den Abkommen: Ist ein Rückgriff auf die Rechtsprechung vorgesehen, fragt es sich, welche Urteile nun genau einschlägig sind und wie die zu berücksichtigende "alte" Rechtsprechung von der "neuen" Rechtsprechung (also die nach der Unterzeichnung ergangene) abzugrenzen ist. Ist keine Berücksichtigungspflicht vorgesehen, könnte aber gleichwohl einiges für einen Rückgriff des EuGH auf die Rechtsprechung sprechen, da die Zielsetzung der Abkommen im Falle der Bezugnahme auf Teile des Unionsbesitzstands dahin geht, im Verhältnis zur Schweiz ein paralleles Rechtsregime zu errichten.

Jedenfalls die Rechtsprechung des Bundesgerichts geht in Bezug auf das Personenfreizügigkeitsabkommen davon aus, dass die Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich auch – soweit auf unionsrechtliche Begriffe zurückgegriffen wird – dann im Rahmen des Abkommens maßgeblich ist, wenn es sich um eine neue Rechtsprechung handelt und wenn sie von einer früheren Rechtsprechung abweicht.⁸⁰

Deutlich wird damit aber auch, dass es häufig unklar sein wird, ob und inwieweit die Rechtsprechung des EuGH für die Entscheidung eines bestimmten Streitfalles zu berücksichtigen ist, was ebenfalls der Rechtssicherheit abträglich ist.

2. Weiterentwicklung der Abkommen

Der "klassische" völkerrechtliche Ansatz der bilateralen Verträge impliziert, dass sie – insoweit auch im Gegensatz zum EWR-Vertrag – grundsätzlich statische Verpflichtungen beinhalten und den Gemischten Ausschüssen sowohl bei der Streitbeilegung als auch bei der Weiterentwicklung der Verträge eine bedeutende Rolle einräumen. Bezugnehmend auf die "Übernahme" des Unionsbesitzstands impliziert dieser Ansatz, dass immer auf die jeweils bei der Unterzeichnung geltende Fassung des Unionsrechts (teilweise, wie erwähnt, auch unter Einschluss der Rechtsprechung) Bezug genommen wird; wird dieses modifiziert, findet eine solche Modifikation gerade nicht "automatisch" Eingang in die bilateralen Abkommen. Allerdings sollen die Abkommen – jedenfalls soweit "direkt oder indirekt" auf den

⁸⁰ Vgl. insbesondere BGE 136 II 5. Ausführlich hierzu *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 63), 155 ff.

Unionsbesitzstand Bezug genommen wird – im Verhältnis zur Schweiz eine parallele Rechtslage wie innerhalb der EU gewährleisten. Dieses Ziel würde aber nicht erreicht, wenn die bilateralen Verträge sich nicht an die Weiterentwicklungen des Unionsrechts anpassen könnten. Daher sehen die Abkommen in der Regel spezifische Bestimmungen für die Übernahme neuen einschlägigen Unionsrechts vor, wobei in Bezug auf die Rechtsetzung im Wesentlichen zwischen drei großen "Übernahmemechanismen" unterschieden werden kann:⁸¹

- Erstens kann der Gemischte Ausschuss die einschlägigen Bestimmungen (in der Regel der Anhänge) in eigener Kompetenz modifizieren, was in verschiedenen der bilateralen Abkommen vorgesehen ist.
- Zweitens sehen bestimmte Abkommen eine grundsätzliche Pflicht zur Übernahme der einschlägigen Weiterentwicklung des Unionsbesitzstands vor, wobei sich die Übernahme aber nach innerstaatlichen Vorschriften richtet und im Falle der Nichtübernahme eine Beendigung des Abkommens vorgesehen ist. Diese Variante ist bislang bei der Schengen- und Dublinassoziiierung verankert.
- Ein ähnliches, wenn auch weniger weitgehendes Modell sieht zwar keine Beendigung des Abkommens im Falle fehlender Übernahme vor, ermöglicht aber der EU, im Falle des Ausbleibens der Übernahme von Weiterentwicklungen des Unionsrechts verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen, wobei der Gemischte Ausschuss ein Schiedsgericht anrufen kann, um die Verhältnismässigkeit solcher Ausgleichsmassnahmen zu überprüfen. Dieses Modell wurde bislang erst bei einem neueren Abkommen, nämlich dem Abkommen über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen („24-Stunden-Regel“)⁸², herangezogen.

Soweit in den Abkommen jedoch (nur) sinngemäss unionsrechtliche Vorgaben aufgenommen werden (wie etwa in Anhang I des Personenfreizügigkeitsabkommens), kann grundsätzlich keiner dieser Mechanismen zum Zuge kommen, so dass eine Anpassung an die Weiterentwicklung des Unionsrechts letztlich eine Modifikation des betreffenden Abkommens selbst implizierte (was bislang noch nicht ernsthaft in Betracht gezogen wurde).

3. Zu den „institutionellen Problemen“

Der „Bilaterale Weg“ steckt derzeit in einer gewissen Krise, so dass insbesondere neue Abkommen, die Marktzugangsaspekte betreffen, derzeit nicht abgeschlossen werden können: Hintergrund ist insbesondere, dass nach Ansicht der EU die institutionelle Ausgestaltung derjenigen Abkommen, die den Zugang zum Binnenmarkt betreffen, nicht befriedigend ist, da eine hinreichende Parallelität der Rechtsentwicklung und eine angemessene Kontrolle der Einhaltung der Abkommen durch die Schweiz nicht gewährleistet sei. Im Zentrum der einer Lösung harrenden sog. institutionellen Fragen (wobei die EU diese vor dem Abschluss neuer Abkommen klären möchte)⁸³ stehen Fragen der Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstandes und seiner Auslegung, die Überwachung der Einhaltung der Abkommen in der und durch die Schweiz sowie die Streitbeilegung.

Der Bundesrat hat hierzu 2012 relativ konkrete Vorschläge unterbreitet: Diese betonen die Zielsetzung der Homogenität der Rechtsentwicklung (in dieser Deutlichkeit wohl erstmals)

⁸¹ Berücksichtigt werden hier nur solche Mechanismen, die bereits in den Abkommen selbst angelegt sind. Darüber hinaus können die Abkommen natürlich jederzeit modifiziert werden, was aber grundsätzlich die Anwendung des üblichen, eher schwerfälligen völkerrechtlichen Vertragsschlussverfahrens impliziert.

⁸² Vgl. den Text in BBl 2009 8953. Das Abkommen wird seit dem 1. Juli 2009 vorläufig angewendet.

⁸³ Vgl. NZZ v. 3.2.2011, 15.

und skizzieren in Bezug auf die Überwachung und die Gerichtsbarkeit ein Modell, wonach die homogene Rechtsanwendung in der Schweiz durch eine unabhängige nationale Behörde überwacht werden sollte, die ihrerseits ggf. ein gerichtliches Verfahren (auf nationaler Ebene) einleiten könnte. Meinungsverschiedenheiten zur Auslegung und Anwendung der Abkommen sollen in erster Linie im Gemischten Ausschuss beigelegt werden; darüber hinaus werden Ausgleichsmaßnahmen in Betracht gezogen, deren Umfang, Dauer und Verhältnismäßigkeit durch ein Schiedsgericht überprüft werden könnte.⁸⁴ Die EU reagierte im Dezember 2012 offiziell auf diese Vorschläge:⁸⁵ Sie betonte insbesondere, dass weitere Bilaterale Abkommen nach dem bisherigen „Muster“ aus EU-Sicht nicht mehr abgeschlossen werden sollen, ohne dass ein geeigneter institutioneller Rahmen gefunden wird, der für alle bestehenden und künftigen Abkommen Anwendung findet. Dieser müsse insbesondere einen rechtlich verbindlichen Mechanismus für die dynamische Anpassung der Abkommen an den sich fortentwickelnden EU-Rechtsbestand ermöglichen und „internationale Mechanismen“ für die Überwachung und die Gerichtsbarkeit enthalten. In Bezug auf letztere wird die Gleichwertigkeit mit den Mechanismen des EWR-Abkommens bzw. der EFTA-Säule des EWR für notwendig erachtet. Im Anschluss daran wurden auf Botschafterebene Varianten möglicher Lösungen der auf dieser Grundlage nach wie vor bestehenden Differenzen erarbeitet, und im Juni 2013 schließlich zeigte sich der Bundesrat offen für eine Lösung, die einerseits dem EuGH gewisse Kompetenzen in Bezug auf die Auslegung der Abkommen und die Kontrolle ihrer Einhaltung auch für die Schweiz zugesteht (dies für den Fall, dass eine Differenz über die Auslegung des Abkommens nicht im Gemischten Ausschuss beigelegt werden kann, wobei es der Schweiz letztlich dann doch offen stehen soll, die durch den EuGH zugrunde gelegte Auslegung nicht zu übernehmen, wenn auch diesfalls Ausgleichsmaßnahmen der EU drohen),⁸⁶ andererseits aber offenbar davon ausgeht, dass keine (zusätzliche) unabhängige Behörde nach dem Vorbild der EU-Kommission bzw. der EFTA-Überwachungsbehörde eingerichtet werden soll. Zu weiteren Aspekten nimmt der jüngste Vorstoß des Bundesrates keine Stellung (hier dürften auch weniger Differenzen fortbestehen).

Damit wird einmal mehr die Frage aufgeworfen, ob der Bilaterale Weg tatsächlich zukunftsfruchtig ist. Jedenfalls erscheint es verfrüht, nach der erwähnten Stellungnahme des Rates von einem „Ende des Bilateralismus“ zu sprechen: Denn der Rat hat gerade nicht dem „Bilateralen Weg“ als solchem eine Absage erteilt, sondern lediglich darauf hingewiesen, dass dieser aus institutioneller Sicht einen neuen Rahmen benötige. Aufgeworfen wird damit die Frage, ob ein solcher – in Anbetracht der politischen Ausgangslage und der derzeitigen Charakteristika der Abkommen – vorstellbar ist und wie er realistischer- und sinnvollerweise aussehen könnte.

Ausgangspunkt für diese (möglichen) zukünftigen institutionellen Grundstrukturen der Bilateralen Abkommen – wobei die Frage nach der Erstreckung des Anwendungsbereichs einer möglichen horizontalen institutionellen Vereinbarung auf bereits bestehende Abkommen zumindest teilweise besondere Probleme aufwirft – ist der Umstand, dass in den (zukünftigen) Abkommen in materiell-rechtlicher Hinsicht eine sehr enge Anlehnung an den unionsrechtlichen Besitzstand erfolgen wird.

⁸⁴ Vgl. etwa NZZ vom 21.11.2012. S. ansonsten die Informationen auf www.admin.ch.

⁸⁵ Vgl. NZZ v. 21.12.2012.

⁸⁶ Vgl. im Einzelnen zu den Vorschlägen NZZ v. 6.7.2013. Fraglich ist bei diesen Vorschlägen insbesondere, ob die für die Schweiz angedachte Abweichungsmöglichkeit mit dem Grundsatz in Einklang steht, dass Urteilen des EuGH verbindliche Wirkung zukommen muss. S. diesen Grundsatz etwa in Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079 formuliert.

In Bezug auf die Form der Übernahme des Unionsrechts in den Abkommen ist zu erwarten, dass verstärkt mit direkten Bezugnahmen auf bestehendes Unionsrecht – also insbesondere auf Richtlinien und Verordnungen – gearbeitet wird, kann doch auf diese Weise eine möglichst weitgehende Verbindlichkeit der unionsrechtlichen Vorgaben auch für die Schweiz erreicht werden und zudem die Weiterentwicklung der Abkommen erleichtert werden, was dem beiderseits betonten Ziel der Homogenität der Rechtsentwicklung Vorschub leistet. Es ist denn auch bezeichnend, dass gerade in der in dieser Beziehung weitgehenden Schengen-Assoziierung – die von der Europäischen Union diesbezüglich als eine Art Mindeststandard für weitere Abkommen angesehen wird⁸⁷ – ausschließlich mit dieser Technik gearbeitet wird.

a) Zur Homogenität in der Rechtsentwicklung

Im Hinblick auf die Sicherstellung der Homogenität der Rechtsentwicklung erscheint es denkbar, in zukünftigen Abkommen eine grundsätzliche Pflicht der Schweiz zur Übernahme auch der Weiterentwicklungen des unionsrechtlichen Besitzstands zu verankern. Bislang vorgesehen ist eine solche Pflicht in der Schengen-/ Dublin-Assoziierung, die auch betont, dass es der Schweiz unbenommen bleibt, die Weiterentwicklungen unter Durchlaufen der ordentlichen (Gesetzgebungs-) Verfahren „umzusetzen“. Erfolgt jedoch keine Übernahme bestimmter Weiterentwicklungen, wird das Abkommen grundsätzlich – nach Ablauf einer bestimmten Frist – beendet. Damit geht dieses Modell zwar nicht von einer eigentlichen „automatischen“ Übernahmepflicht der einschlägigen Weiterentwicklungen des Unionsrechts aus; im Falle des Scheiterns einer solchen Übernahme jedoch droht mit der Beendigung des Abkommens eine „Sanktion“. Vor diesem Hintergrund lässt dieser Mechanismus der Schweiz im Ergebnis relativ wenig bzw. kaum einen Spielraum, soweit die Übernahme der entsprechenden Weiterentwicklungen betroffen ist, da im Falle einer Ablehnung das gesamte Abkommen in Frage gestellt wird. Die Zielsetzung der Homogenität der Rechtsentwicklung dürfte durch dieses Modell verwirklicht werden können.

Besondere Fragen würde die Erstreckung einer solchen Übernahmepflicht in Bezug auf bestehende Abkommen auf, die – wie die meisten bestehenden Abkommen – keine solche grundsätzliche Übernahmepflicht kennen: Soweit diese Abkommen in Anhängen auf Sekundärrecht verweisen, dürfte eine entsprechende Modifikation des Mechanismus⁴ durchaus möglich sein, zumal Modifikationen des Sekundärrechts grundsätzlich durch die Gemischten Ausschüsse übernommen werden können. Soweit jedoch in den Abkommen selbst entsprechende Pflichten der Vertragsparteien in Anlehnung an das EU-Recht formuliert werden (wie z.B. in Anhang I des Personenfreizügigkeitsabkommens, aber auch in zahlreichen anderen Bestimmungen der Abkommen), müssten die Abkommen entsprechend modifiziert werden, was auch Fragen ihres materiellen Geltungsbereichs aufwürfe, erfolgt doch mitunter nur eine teilweise Anlehnung an EU-Recht (wie z.B. im Zusammenhang mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen, das im Verhältnis zum EU-Recht gewisse Abweichungen, etwa bei der Niederlassungs- oder der Dienstleistungsfreiheit, aber auch bei der Frage nach der Unionsbürgerschaft, kennt).

b) Zur Homogenität in der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung (Überwachung und Gerichtsbarkeit)

⁸⁷ Vgl. NZZ v. 9.12.2008, 16.

Besteht das Ziel eines völkerrechtlichen Abkommens darin, einen Teil des definierten Unionsbesitzstands auf die Beziehungen zu einem Drittstaat auszudehnen (wie dies bei zahlreichen der bestehenden Bilateralen Abkommen der Fall ist und sowohl von der EU als auch der Schweiz auch in Bezug auf künftige Abkommen wohl in noch stärkerem Maß angestrebt wird), so genügt ein paralleler Rechtsbestand nicht; vielmehr muss dieser auch „homogen“ ausgelegt und angewandt werden, was auch eine entsprechende Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH impliziert.

In den bestehenden Abkommen sind diese Fragen – wenn überhaupt – nur rudimentär geregelt (sieht man einmal von der Schengen-/Dublin-Assoziierung ab), und es erstaunt vor diesem Hintergrund nicht, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung einerseits und diejenige des EuGH andererseits in Bezug auf die bislang in der Rechtsprechung relevant gewordene Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens durchaus unterschiedliche Tendenzen aufweisen. Dabei ist es interessant festzustellen, dass das Bundesgericht sich bei der Auslegung des Abkommens offenbar viel enger an die Rechtslage in der EU (unter Einschluss der auch neuen Rechtsprechung des EuGH) anlehnt als dies der EuGH tut, wobei die Rechtsprechung des EuGH noch nicht als gefestigt bezeichnet werden kann.⁸⁸

Vor diesem Hintergrund impliziert eine homogene Rechtsanwendung und Rechtsauslegung zuallererst eine klare Formulierung der Abkommen in dem Sinn, dass ausdrücklich und im Umfang genau auf die „übernommenen“ Teile des Unionsrechtsbesitzstands hingewiesen und die Parallelität der Zielsetzungen und, daran anschließend, der Auslegung unterstrichen wird. Gerade in Bezug auf bereits bestehende Abkommen dürfte dies mitunter nicht ganz einfach sein, wurden hier doch teilweise sehr differenzierte Lösungen gefunden, wie etwa einige Bestimmungen im Anhang I des Personenfreizügigkeitsabkommens zu illustrieren vermögen.

Darüber hinaus muss – insoweit besteht durchaus Einigkeit – sichergestellt werden, dass die Anwendung der Abkommen auch in der Schweiz (in der EU sind hierfür Kommission und Gerichtshof zuständig) von einer unabhängigen Stelle überwacht wird und gerichtlicher Rechtsschutz zu gewährleisten ist. Obwohl die diesbezüglichen (ursprünglichen) Vorschläge des Bundesrates diese Zielsetzungen wohl hätten erreichen können, ist davon auszugehen, dass sowohl für die Überwachungsbehörde als auch für die gerichtliche Kontrolle rein nationale Mechanismen von der EU nicht akzeptiert würden und daher „internationale Mechanismen“ notwendig sind. Ein internationales gerichtliches Organ dürfte auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH (nur) für die Anwendung und Auslegung der Abkommen in der Schweiz (bzw. allenfalls darüber hinaus anderen Drittstaaten) zuständig sein, da der EuGH es als mit den EU-Verträgen unvereinbar ansieht, dass internationale Gerichte in Bezug auf Völkervertragsbestimmungen, die sich an EU-Recht anlehnen, auch mit Bindungswirkung für die EU entscheiden können.⁸⁹

Eine bereits seit einiger Zeit in diesem Zusammenhang diskutierte Erweiterung der Zuständigkeiten des für die Auslegung des EWR-Rechts in den EFTA-Staaten zuständigen EFTA-Gerichtshofs sowie der Zuständigkeiten der EFTA-Überwachungsbehörde kommt zwar grundsätzlich auch in Betracht und ist aus rechtlicher Sicht realisierbar. So könnte man diesen Gerichtshof (ggf. unter Beteiligung eines Schweizer Vertreters) auch mit gewissen Zuständigkeiten für die Auslegung und Streitbeilegung im Zusammenhang mit den Bilateralen Abkommen ausstatten und die Befugnisse der EFTA-Überwachungsbehörde entsprechend erweitern. Allerdings sind die Rechtsbestände des EWR-Rechts und des

⁸⁸ Vgl. ausführlich zur Auslegung der Bilateralen Abkommen, m.w.N., *Epiney/Metz/Pirker* (Fn. 63), *passim*. S. auch schon oben B.II.1.

⁸⁹ Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079; s. auch Gutachten 1/92 (EWR II), Slg. 1992, I-2821.

Bilateralen Rechts nicht parallel, und der tiefere Grund, warum auch Richter aus Norwegen, Island und Liechtenstein über die Auslegung der Bilateralen Abkommen nur in der Schweiz entscheiden können sollen (entsprechendes gälte für die EFTA-Überwachungsbehörde), erschließt sich nicht auf den ersten Blick. Ohne größere institutionelle Modifikationen (etwa im Sinne einer Art de facto-(Teil-)EWR-Mitgliedschaft der Schweiz, was die Komplexität der Struktur der Bilateralen Abkommen wohl nicht wirklich reduzierte) könnten daher die EWR-/EFTA-Institutionen wohl keine Zuständigkeiten in Bezug auf Nicht-EWR-Staaten übernehmen, ohne dass hier nicht gewisse institutionelle Inkohärenzen zu gewärtigen wären.

Es erscheint allerdings durchaus denkbar, „internationale Mechanismen“ sowohl in Bezug auf eine Überwachungsbehörde als auch in Bezug auf eine Gerichtsinstanz vorzusehen: „International“ dürfte wohl so zu verstehen sein, dass keine eigentliche Einbettung in die bestehenden, rein nationalen Strukturen erfolgte. Vor diesem Hintergrund könnte man sich, letztlich parallel zum Ansatz im EWR-Recht bzw. in Bezug auf die EFTA-Institutionen, vorstellen, zwei neue (unabhängige) Organe zu schaffen, die in einem Abkommen – eben naheliegenderweise dem zu schaffenden Rahmenabkommen – vorgesehen sind und welche die Aufgaben der Überwachung und der gerichtlichen Kontrolle im Wesentlichen nach dem Vorbild der für die Überwachung und Auslegung des EWR-Rechts zuständigen EFTA-Organe übernehmen. „International“ wären solche neuen Gremien schon deshalb, weil sie aufgrund eines Abkommens zwischen der EU und der Schweiz einzurichten wären. Darüber hinaus wäre auch ihre Zusammensetzung „international“ auszurichten; so wäre es etwa vorstellbar, dass eine gleiche Zahl von aus der Schweiz und aus dem (EU-)Ausland kommenden Mitgliedern in der Behörde und im Gericht plus ein Präsident / eine Präsidentin vorgesehen würde (ein Dreier- oder ein Fünfergremium). Die Zuständigkeiten würden sich an diejenigen der entsprechenden EFTA-Organe anlehnen. Auf diese Weise gäbe es für die Schweiz eine im Ergebnis parallele Struktur wie im Rahmen der EFTA für die „EFTA-Säule“ des EWR, und es ginge ebenfalls um eine Zwei-Säulen-Struktur, die jedoch auf die Bilateralen Abkommen zugeschnitten wäre. Nicht zu verkennen ist allerdings, dass der Aufbau einer solchen neuen Struktur einigen Aufwand mit sich brächte. Im Übrigen ist es keineswegs sicher, dass sie die mit ihr verfolgten Zielsetzungen wirklich im Ergebnis besser zu erreichen vermöge als die Vorschläge des Bundesrates.

Eine andere Möglichkeit wäre die Betrauung des EuGH mit der Kompetenz, auch mit Wirkung für die Schweiz über die Auslegung der Bilateralen Abkommen oder einzelner Bilateralen Abkommen zu entscheiden, entweder allgemein (mit der Schaffung einer Art Vorabentscheidungsverfahren für Schweizer Gerichte) und / oder nur bei Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien (wovon offenbar der im Juni 2013 vorgestellte Vorschlag des Bundesrates ausgeht). Solchen Urteilen des EuGH müsste wohl grundsätzlich verbindliche Wirkung zukommen. Die Überwachung der Abkommen könnte schweizerischerseits nach wie vor bei den hierfür zuständigen nationalen Behörden liegen oder der Europäischen Kommission übertragen werden. Diese Lösung lehnte sich an den im Luftverkehrsabkommen gefundenen Mechanismus an, stieß aber in der Schweiz wohl auf Akzeptanzprobleme, wie auch die Reaktionen auf die Vorschläge des Bundesrates zeigen.⁹⁰

Nicht zu verkennen ist aber, dass eine gerichtliche Streitbeilegung insgesamt sowohl der Rechtssicherheit dienen als auch letztlich dem in der Regel aus politischer Sicht schwächeren Partner zugute kommen. Eine „Verrechtlichung“ der (neuen) Bilateralen Abkommen über eine Einbindung des EuGH führte zum Einbezug einer Gerichtsinstanz, an der die Schweiz nicht beteiligt ist (und als Nichtmitglied auch nicht beteiligt sein kann). Dieses nicht

⁹⁰ Vgl. NZZ v. 28.6.2013.

bestreitbare Defizit ist aber den Vorteilen einer solchen Lösung gegenüberzustellen, zumal auch ein einziger Schweizer Richter ein Gremium als solches nicht entscheidungserheblich beeinflussen könnte: Sie ermöglichte die Beantwortung rechtlicher Fragen durch ein rechtliches Verfahren und trüge damit zu einem effektiven Rechtsschutz, einer Erhöhung der Rechtssicherheit und zum Schutz der politisch in der Regel schwächeren Schweiz bei, indem die sich stellenden Anwendungs- und Auslegungsfragen einer für beide Partner verbindlichen gerichtlichen Streitbeilegung unterworfen würden.

III. Die "Bilateralen Verträge" als Instrument der Einbindung der Schweiz in den Verfassungsverbund der Europäischen Union?

Die bilateralen Verträge zielen – jedenfalls soweit sie, was für die politisch und rechtlich bedeutendsten unter ihnen weitgehend der Fall ist, Teile des Unionsbesitzstandes übernehmen – auf einen Einbezug der Schweiz in den jeweiligen Teil des Unionsbesitzstands ab. In instrumenteller Hinsicht möchte man dies (zumindest bislang) durch einen Rückgriff auf rein völkerrechtliche Instrumente sicherstellen. So sind denn auch die bilateralen Verträge formal als rein völkerrechtliche Instrumente ohne einen "Integrationscharakter" – im Gegensatz etwa zum EWR – ausgestaltet. Analysiert man aber im Einzelnen die Art und Weise der Einbindung der Schweiz in den Unionsbesitzstand, so kann zusammenfassend Folgendes festgehalten werden (immer soweit es um die "direkte oder indirekte Übernahme" des Unionsbesitzstands geht):

- Weite Teile der politisch bedeutendsten Bilateralen Abkommen greifen – wie erörtert – in der einen oder anderen Weise auf unionsrechtliche Bestimmungen zurück. Ihre Auslegung hat grundsätzlich parallel wie diejenige der entsprechenden unionsrechtlichen Vorgaben zu erfolgen, und zukünftige Rechtsentwicklungen in der EU werden in der Regel *de facto* oder *de jure* auch im Rahmen der Bilateralen Abkommen in der einen oder anderen Form nachvollzogen oder sind gar rechtlich zwingend zu beachten.
- Damit erfolgt im Anwendungsbereich der Bilateralen Abkommen insoweit eine Einbindung der Schweiz in den Unionsbesitzstand, der auch mit der Anwendung einer Reihe von verfassungsrechtlichen Grundsätzen (man denke etwa an das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit) verbunden ist.
- Insofern erscheint es gerechtfertigt, von einer Art "Teilmitgliedschaft ohne Mitbestimmung" der Schweiz zu sprechen. Dieser Aspekt würde noch verstärkt, wenn – wie dies derzeit erwogen wird⁹¹ – dem EuGH auch mit Wirkung für die Schweiz gewisse Kompetenzen im Zusammenhang mit der Auslegung der Abkommen zukämen.

Es ist gleichzeitig nicht zu verkennen, dass die Rechtswirkungen der dem Unionsrecht entsprechenden Bestimmungen der bilateralen Abkommen in beachtlichem Maße unklar bleiben, wobei insbesondere die Frage nach der "Anlehnung" an die im Unionsrecht herangezogene Auslegung und die Relevanz der Rechtsprechung des EuGH von Bedeutung sind. Die diesbezüglichen Unsicherheiten lassen sich wohl nur beschränkt durch die Formulierung hier maßgeblicher allgemeiner Prinzipien ausräumen, so dass letztlich eine gewisse Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Auslegung zahlreicher Bestimmungen der

⁹¹ Oben B.II.3.

Abkommen herrscht.⁹² Für die Rechtsunterworfenen ist diese Situation insofern misslich, als zahlreiche Auslegungsfragen – die im Unionsrecht relativ klar zu beantworten wären – erst gerichtlich geklärt werden müssen.

Letztlich erfolgt damit mit weiten Teilen der bilateralen Abkommen eine Art "Teilintegration" in die Unionsrechtsordnung, die durch den sog. "statischen Charakter" der Abkommen nur unwesentlich relativiert wird, ohne dass dem allerdings die Vorteile eines EU-Beitritts – insbesondere eine gewisse Rechtssicherheit, Rechtsschutz und Mitentscheidungsrechte – gegenüberstehen. Je weiter der materielle Anwendungsbereich einer solchen "Teilintegration ohne Mitgliedstatus" ausfällt, desto mehr stößt er nach der hier vertretenen Ansicht an die aufgezeigten rechtlichen und politischen Grenzen, so dass eine Weiterführung des "bilateralen Weges" unweigerlich die Frage nach der Abwägung seiner Vor- und Nachteile mit den Vor- und Nachteilen einer EU-Mitgliedschaft aufwirft. Diese Frage wird je nach dem Ausgang der derzeit laufenden Verhandlungen über die „institutionellen Probleme“ sowie im Zuge des Abschlusses neuer Abkommen noch an Bedeutung gewinnen, ist doch davon auszugehen, dass Qualität und Quantität der Einbindung der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand im Falle einer Einigung wesentlich zunehmen werden.

Jedenfalls kann gegen eine EU-Mitgliedschaft nicht grundsätzlich die Ausgestaltung der direkten Demokratie in der Schweiz geltend gemacht werden.⁹³ Zwar hätte die Schweiz im Falle eines EU-Beitritts selbstredend den Vorrang des Unionsrechts zu beachten, so dass sicherzustellen wäre, dass in der Schweiz keine Rechtsvorschriften gelten, die dem Unionsrecht zuwiderlaufen und alle Rechtsvorschriften erlassen werden können, die aufgrund unionsrechtlicher Verpflichtungen zu erlassen sind (was insbesondere bei der Umsetzung von Richtlinien relevant wird). Diese an die nationale Rechtsetzung und -anwendung gestellten Anforderungen gelten in dem skizzierten Umfang für alle Mitgliedstaaten gleichermaßen. Sie beruhen letztlich auf der durch einen Beitritt zur EU implizierten Übertragung von Hoheitsrechten von den Mitgliedstaaten auf die Europäische Union. Deutlich wird damit auch, dass die Kompetenzverluste im Ergebnis für alle Mitgliedstaaten den gleichen Umfang annehmen; lediglich die konkret mit der Ausübung von Hoheitsgewalt betrauten Organe (Regierung, Parlament oder aber auch das Volk) variieren. Daher ist es zumindest irreführend zu suggerieren, für die Schweiz habe ein EU-Beitritt besonders weitgehende Folgen. Nicht zu verkennen ist jedoch, dass die auf dem nationalen (Verfassungs-)Recht beruhende Kompetenzverteilung ggf. besondere Probleme aufwerfen kann, was in Teilen für die Ausgestaltung der direkt-demokratischen Rechte gelten mag.

Fragt man auf dieser Grundlage nach den konkreten Auswirkungen eines EU-Beitritts auf die direkte Demokratie, so ist zunächst zu betonen, dass dem Unionsrecht in Bezug auf die Beachtung seines Vorrangs lediglich "Ergebnisverpflichtungen" in dem Sinn zu entnehmen sind, dass die Mitgliedstaaten die skizzierten Vorgaben beachten müssen; auf welche Weise sie dies aber genau tun, bleibt ihnen überlassen. Daher sind die Mitgliedstaaten etwa auch nicht verpflichtet, bestimmte Verfahren oder Kontrollmechanismen vorzusehen, die

⁹² Zum Problemkreis *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 67), 45 (59 ff.).

⁹³ Es ist interessant festzustellen, dass die zahlreichen rechtswissenschaftlichen Untersuchungen, die sich mit dieser Frage befasst haben, großmehrheitlich im Ergebnis übereinstimmend zum Schluss kommen, dass hier keine "Unvereinbarkeit" besteht. Vgl. *Epiney/Siegwart/Cottier/Refaeil*, Schweizerische Demokratie und Europäische Union (Fn. 6), *passim*, mit zahlreichen weiteren Nachweisen; s. auch den Überblick bei *Daniel Thürer*, Verfassungsfragen rund um einen möglichen Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union, SZIER 2005, 21 (34 ff.). Gerade in neuerer Zeit wird – soweit ersichtlich – in der rechtswissenschaftlichen Literatur nicht mehr vertreten, ein EU-Beitritt sei *per se* mit den Mechanismen der direkten Demokratie nicht vereinbar bzw. ziehe letztlich ihre Bedeutungslosigkeit nach sich. Auch der Bundesrat kommt in seinem Integrationsbericht zu diesem Ergebnis, Bundesrat, Schweiz – Europäische Union, Integrationsbericht, 1999, Sonderdruck, 332 ff.

(zumindest in der Regel) die Einhaltung des Unionsrechts sicherzustellen vermögen. Die Existenz direkt-demokratischer Recht auf nationaler Ebene ist somit als solche aus unionsrechtlicher Sicht unproblematisch, so dass Form und Instrumente der bestehenden direkt-demokratischen Rechte im Falle eines EU-Beitritts grundsätzlich unberührt blieben; sie könnten im Wesentlichen nach den auch bislang zur Anwendung kommenden Grundsätzen zur Geltung kommen. Fraglich ist jedoch, ob aufgrund der spezifischen Anforderungen des Unionsrechts nicht gewisse Anpassungen der Funktionsweise der Volksrechte opportun sein könnten.⁹⁴

Wenn somit also die Existenz der direkt-demokratischen Instrumente durch einen EU-Beitritt keineswegs in Frage gestellt würde und diese damit auch keine grundsätzlichen Hindernisse für einen solchen darstellen, ist jedoch nicht zu verkennen, dass der materielle Anwendungsbereich der Volksrechte durchaus erheblich eingeschränkt würde, zwar nicht in dem Ausmaß, in dem Hoheitsgewalt auf die EU übertragen würde (nimmt die Union ihre Kompetenzen doch häufig nicht oder nicht umfassend wahr, so dass insoweit die Mitgliedstaaten auch bei den geteilten Kompetenzen, Art. 4 AEUV, tätig werden können), jedoch in dem Ausmaß, in dem (ausnahmsweise) ausschließliche Kompetenzen der Union bestehen (wie insbesondere im Außenwirtschaftsrecht, vgl. Art. 3 AEUV) oder die Union ansonsten von ihren Kompetenzen Gebrauch gemacht und für die Mitgliedstaaten Vorgaben formuliert hat, die diese nicht unterlaufen dürfen. Das genaue Ausmaß der Einschränkung der direkt-demokratischen Rechte lässt sich damit nur bereichsspezifisch in Anknüpfung an den Stand des Unionsrechts eruieren, und es bleibt daran zu erinnern, dass nicht nur zahlreiche Kompetenzen der Union in ihrem Anwendungsbereich beschränkt sind, sondern die Union auch teilweise nicht oder nur ausschnittsweise von ihren Kompetenzen Gebrauch macht.⁹⁵ Die eigentliche Frage, die durch die Problematik EU-Beitritt und Volksrechte aufgeworfen wird, betrifft damit nicht die Unvereinbarkeit derselben mit einem EU-Beitritt, sondern diejenige danach, ob die mit einem EU-Beitritt verbundene Übertragung von Hoheitsrechten gewollt ist. Zu erinnern bleibt im Übrigen an den bereits erwähnten Befund, dass auch im Falle einer weiteren Verfolgung des "Bilateralen Weges" – trotz der vollumfänglichen auch materiellen Anwendung der direkt-demokratischen Rechte – ein erheblicher Anpassungsdruck in zahlreichen Gebieten – deren qualitativer Umfang insgesamt im Steigen begriffen sein dürfte – besteht bzw. bestünde, so dass hier durchaus von einer gewissen "faktischen Beschränkung" der Volksrechte gesprochen werden kann.⁹⁶

⁹⁴ Hierzu bereits ausführlich *Epiney/Siegrwart/Cottier/Refaeil*, Schweizerische Demokratie und EU (Fn. 6), 289 ff.

⁹⁵ Insofern ist es also ungenau, das Ausmaß der materiellen Einschränkung des Anwendungsbereichs der direkt-demokratischen Rechte mit dem Ausmaß der Übertragung der Hoheitsgewalt gleichzusetzen. Vgl. zu diesem Aspekt auch *Pascal Mahon/Christoph Müller*, Adhésion de la Suisse à l'Union européenne et démocratie directe, in: Thomas Cottier/Alwin R. Koppe (Hg.), Beitritt der Schweiz zur EU, 1998, 449 (469 f.).

⁹⁶ Vgl. in diesem Zusammenhang auch schon die Bemerkungen bei *Thierry Tanquerel*, La Suisse doit-elle choisir entre l'Europe et la démocratie directe?, ZSR 1991 I, 187 (196): "Il apparaît, en définitive, qu'en cas de non-adhésion à la communauté, seul le champ d'intervention théorique des droits populaires sera sauvegardé. Les traités destinés à éviter notre marginalisation, combinés aux contraintes de fait imposées par le grand marché européen, réduiront la marge de manœuvre des électeurs. Quantitativement, cette réduction sera peut-être légèrement moins importante que dans le cas d'une adhésion, mais, qualitativement, il s'agira bien d'une perte sèche pour la démocratie puisqu'aucune participation, même indirecte, au processus de décision communautaire ne sera offerte aux citoyens suisses." I. Erg. übereinstimmend etwa *Mahon/Müller*, in: Beitritt der Schweiz zur EU (Fn. 95), 449 (470 ff.).